٤٥ - من منشورات المجلس العلمي

المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الامام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ م/ ٦١٦ م

اعتنى بإخراجه وتصحيحه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثالث والعشرون

إدارة القرآن　　　المجلس العلمي

٤٥ - مِن منشورات المجلس العلمي

المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازه البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ/٦١٦ هـ

اعتنى بإخراجه وتقديمه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الثالث والعشرون

إدارة القرآن المجلس العلمي

المحيط البرهاني

أول طبعة كاملة في العالم الإسلامي

سنة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

* ٤٣٧ دی گاردن إيست لسبيله كراتشي ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨-٠٠٩٢٢١
* اردو بازار، ايم اے جناح روڈ کراتشی تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
* H-8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسپتل، إسلام آباد

المجلس العلمي

P. O. Box: 1, Johannesburg 2000, South Africa.
E-mail: wii@global.co.za

At Post Simlak
Dist. Navsari
Gujrat 396415,
India.

Al-Madina Garden
Jamshed Road # 2
Karachi 74800,
Pakistan.

طبع في مؤسسة نزيه كركي — بيروت — لبنان

الموزع بالمملكة مكتبة الرشد الرياض، السعودية

الفصل السادس والعشرون
فيما يكون خصماً من صاحب الوصية والغريم والوارث وما لا يكون خصماً

٢٠٦٨٣- روى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله: رجل مات وترك عبدًا وورثة صغارًا، وترك دينًا على رجل، فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه، وأوصى إليه، والذى عليه الدين حاضر، فالشهادة جائزة، ويقضى بالعتق، وبالوصاية للعبد، وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله: أن لا تقبل شهادتهما على العتق، وإن كانت الورثة كبارًا، فأقام العبد بينة على ذلك، فالشهادة جائزة، ويقضى بالعتق، ويجعل العبد وصيًّا فى قول أبى يوسف رحمه الله، وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله.

٢٠٦٨٤- وفى "المنتقى": رجل مات، وترك ألفى درهم، وترك ابنين، فاقتسما، وأخذ كل ابن ألفًا، وغاب أحدهما، فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، فإنه يأخذ من الحاضر ثلث الألف التى أخذها عند أبى حنيفة رحمه الله، قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف رواية الأصل وقد مرت المسألة من قبل.

٢٠٦٨٥- وفى "نوادر إبراهيم" عن محمد رحمه الله: رجل مات، ولرجل عليه دين، وأوصى بثلث ماله أو بدراهم مسماة لرجل، فأخذها الموصى له، ثم جاء الغريم والورثة شهود أو غيب، وقدم الموصى له إلى القاضى، فالموصى له لا يكون خصمًا له، وينبغى أن يحضر وارثًا إن كانوا كبارًا، وإن كانوا صغارًا ينبغى أن ينصب القاضى عنهم وصيًّا.

واعلم أن الموصى له لا يكون خصمًا للغريم إذا حصلت الوصية له بقدر الثلث، أو بما دون ذلك، ولا يعتبر الموصى له بالوارث فى هذه الحالة، وإذا حصلت الوصية بما زاد

على الثلث إلى جميع المال، وصحت الوصية بأن لم يكن له وارث، فالموصى له خصم للغريم في هذه الحالة، ويعتبر الموصى له في هذه الحالة بالوارث؛ لأن استحقاق ما زاد على الثلث من خصائص الوارث، والوارث ينتصب خصمًا للغريم.

٢٠٦٨٦- قال محمد رحمه الله في "الجامع": رجل هلك، وترك ثلاثة آلاف درهم، ووارثًا واحدًا، فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، وجحد الوارث ذلك، فقضى القاضي له بالثلث، وأعطاه ذلك، وهو ألف درهم، ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله، وأحضر الموصى له إلى القاضي، فالقاضي يجعله خصمًا، ويأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى الثاني؛ لأن الثاني يدعي نصف ما في يد الأول لنفسه، والأول حال بينه وبين ما يدعي بدعوى الملك لنفسه، وهو تفسير الخصم، وإذا صار خصمًا، ثبت حق الثاني في الوصية الثانية بالثلث كما ثبت حق الأول، فللمزاحمة والمساواة كان الثلث بينهما نصفين.

فإن قضى القاضي على الأول بنصف الثلث، ولم يكن عنده شيء بأن هلك الثلث في يده، أو استهلكه وهو فقير، وحضر الوارث لم يكلف الثاني إعادة البينة؛ لأن الميت صار مقضيًا عليه بإقامة البينة على الموصى له الأول، وإذا صار الميت مقضيًا عليه، صار الوارث مقضيًا عليه أيضًا، وكان للموصى له الثاني أن يشارك الوارث فيما في يده، ويأخذ خمس ما في يده؛ لأن الموصى له بالثلث شريك الورثة في التركة كأحد الورثة؛ لأن حقه في عين التركة كالورثة، فالموصى له الثاني يقول للوارث: المال بيني وبين الأول وبينك على ستة أسهم: أربعة أسهم لك، ولكل واحد منا سهم، والأول أخذ سهمًا زائدًا على حقه، وقد توى ذلك عليه، وهو معسر، والأصل في المال المشترك أن ما هلك يهلك على الشركة، وما بقي يبقى على الشركة، فما بقي في يدك بيني وبينك على قدر حقنا، وحقي في سهم، وحقك في أربعة أسهم، فيقسم ما في يد الوارث بينه وبين الثاني على خمسة أسهم، فلهذا يأخذ الثاني خمس ما في يد الوارث، ثم الثاني مع الوارث يتبعان الأول، فيأخذان منه نصف ما أخذ؛ لأنه أخذ ذلك بغير حق، فإذا أخذ ذلك اقتسماه على خمسة أسهم أيضًا: سهم للثاني، وأربعة أسهم للوارث.

فإن قيل : القاضى عين الثلث المدفوع إلى الأول محلا للوصية، وحق الثانى إنما يثبت فى محل الوصية، وليس فى يد الوارث منه شىء، فينبغى أن لا يكون للموصى له الثانى حق تضمين الوارث.

قلنا : القاضى جعل الثلث المدفوع مستحقّا للأول على تقدير انعدام الوصية الثانية، فإذا ظهرت الوصية الثانية، ظهر أن دفع ما زاد على نصف الثلث إلى الأول كان بغير حق إلا أن القاضى أخطأ فى ذلك، وخطأ القاضى لا يكون مضمونًا عليه، فيجعل ذلك كالتاوى، فلهذا كان للثانى حق المشاركة مع الوارث، والخصومة إلى القاضى الذى قضى للأول، وإلى قاضٍ آخر سواء؛ لأن الأول إنما صار خصمًا بحكم يده، وفى حق هذا المعنى هذا القاضى، وقاضٍ آخر سواء.

ولو كان الموصى له هو الغائب، وأحضر الثانى الوارث، فالقاضى يقضى على الوارث؛ لأنه خليفة المورث، فصار خصمًا فى الاستحقاق عليه، ويكون القضاء على الوارث قضاء على الموصى له الأول؛ لأن الوارث لما انتصب خصمًا عن الميت، صار الميت مقضيّا عليه بالقضاء على الوارث، وإذا صار الميت مقضيّا عليه صار الموصى له مقضيّا عليه لكونه كأحد الورثة، فإن كان القاضى قضى بوصية الأول، ولم يدفع إليه شىء حتى خاصمه الثانى، والوارث غائب، فإن خاصمه إلى ذلك القاضى بعينه جعله خصمًا؛ لأن ذلك القاضى عرف أن ثلث التركة ملك الموصى له إلا أنه أمانة فى يد الوارث، ويد الأمين كيد المالك، فصار من حيث التقدير كأنه فى يد الموصى له، وإن خاصمه إلى قاضٍ آخر لم يجعله خصمًا؛ لأن الثانى يدعى نصف الثلث لنفسه، وهذا القاضى لم يعرف كون الثلث فى يده لا من حيث الحقيقة، ولا من حيث الحكم، لو ثبت ذلك إنما يثبت بإقرار الموصى له الأول أن الثلث فى ملكى، وهو أمانة فى يد الوارث إلا أنه بهذا الإقرار لا يصير خصمًا؛ لأن هذا فى الحقيقة دعوى على الوارث، فلا يصدق فى ذلك، وإذا لم يصدقه القاضى فى هذا لم يثبت ما يوجب كونه خصمًا.

ولو كان الموصى له الأول هو الغائب، والوارث حاضر، ولم يدفع المال إلى الأول، فالوارث خصم للموصى له الثانى؛ لأن القاضى إنما يجعل الوارث خصمًا للميت لكونه خلفًا عنه، والقاضى عالم بذلك، فأما الموصى له إنما يصير خصمًا بكون

المال فى يده إما حقيقة أو تقديراً، والقاضى الثانى لم يعلم بذلك.

وهذا كله إذا أقر الموصى له الأول بأن المال الذى فى يده بحكم الوصية، أو كان ذلك معلومًا للقاضى، فأما إذا لم يكن شىء من ذلك، فقال الأول: هو مالى ورثته عن أبى والميت ما أوصى لى بشىء، وما أخذت من ماله شيئًا، فإنه يكون خصمًا للموصى له الثانى بمنزلة ما لو ادعى رجل عبدًا فى يدى رجل أنه اشتراه من فلان بكذا، وقال ذو اليد: هو عبدى ورثته من أبى، فإنه يكون خصمًا، ويقضى عليه ببينة المدعى، كذا ههنا.

وإن قال: هذا المال عندى وديعة لفلان الميت الذى يدعى الثانى الوصية من جهته، أو قال: غصبته منه، فلا خصومة بينهما؛ لأنهما تصادقا أن هذا العين وصل إلى الموصى له الأول من جهة الميت، فكانت يده غصب أو وديعة، وأيّا ما كان لا يكون يد خصومة فى حق من يدعى تلقى الملك من جهة المالك كما فى مسألة الشراء من جهته، فإنه تندفع عنه الخصومة.

وإن قال: هو وديعة عندى من جهة فلان يعنى به رجلا آخر غير الموصى، أو قال: غصبه منه، فهو خصم إلا أن يقيم بينة ما قاله، فإنه انتصب خصمًا بظاهر اليد، فبمجرد دعواه كون يده يد وديعة أو غصب لا يندفع عنه الخصومة.

٢٠٦٨٧- قال: رجل أقام بينة على وارث ميت أن الميت أوصى له بهذه الجارية بعينها وهى ثلث ماله، وقضى القاضى بذلك، فدفعها إليه، وغاب الوارث، ثم أقام الآخر بينة على الموصى له أن الميت أوصى له بها، وذكروا رجوعًا، أو لم يذكروا، قضى القاضى للثانى بحقه؛ لأنه ادعى جميع ما فى يد الأول لنفسه إن ادعى الرجوع، ونصفها إن لم يدع الرجوع، وذو اليد يدعى كونها لنفسه، وفى مثل هذا ينتصب ذو اليد خصمًا كرجل ادعى أنه كان اشترى هذه الجارية، ونصفها من الميت قبل موته، انتصب الموصى له خصمًا له، كذا ههنا، ثم إذا انتصب خصمًا، فإن ذكروا رجوعًا، قضى القاضى بكل الجارية للثانى، وإن لم يذكروا رجوعًا، قضى له بنصفها للثانى للمزاحمة والمساواة، ويكون هذا قضاء على الوارث غاب، أو حضر حتى إن الموصى له الأول لو أبطل حقه كان كل الجارية للثانى؛ لأن الوارث إنما يتلقى ملك الميراث من جهة الميت،

وقد صار الميت مقضيًا عليه بهذه البينة، وكل من يتلقى الملك من جهته يكون مقضيًا عليه أيضًا.

وإن غاب الموصى له، وحضر الوارث لم ينتصب الوارث خصمًا للموصى له الآخر، خاصمه إلى القاضى الأول، أو إلى غيره؛ لأن المدعى به الجارية، وهى ليست فى يد الوارث لا حقيقةً ولا حكمًا، والوارث إنما يصلح خصمًا فيما صلح المورث خصمًا حال حياته، والمورث لا يصلح خصمًا فى حال حياته فيما زال عن ملكه ويده، فكذا الوارث بخلاف ما إذا كان الثانى يدعى وصية بالثلث، وأحضر الوارث حيث يصير خصمًا؛ لأن هناك المدعى يدعى بنفسه شركة فيما فى يد الوارث على ما مرّ، فينتصب الوارث خصمًا فى إثبات سبب عليه، أما ههنا فبخلافه.

وإن كان القاضى قضى للأول بالجارية، ولم يدفعها إليه، حتى خاصم الثانى الوارث، فإن خاصمه فيها إلى القاضى الأول لم يجعله خصمًا؛ لأنه عرف كونها لغيره، وعرف كون الوارث أمينًا فيها، ويد الأمين لا تكون يد خصومة.

وإن خاصمه إلى قاضٍ آخر جعله خصمًا؛ لأن القاضى الآخر لم يعرف كونها لغيره وكون الوارث أمينًا، بل عرف كونها فى يده من التركة، فلا يصدقه فى أنها لفلان، وإنه أمين فيها إلا ببينة يقيمها على ذلك، وإذا لم يصدقه قضى عليه، وصار الموصى له الأول مقضيًا عليه؛ لأن الموصى له الأول يدعى تلقى الملك من جهة الميت، والميت صار مقضيًا عليه بهذه البينة، فصار من يدعى تلقى الملك من جهة الميت مقضيًا عليه أيضًا، بخلاف ما قلنا فى أبواب الدعوى فى الملك المطلق: إن صاحب اليد إذا ادعى أنه مودع فلان، ولم يقم بينة على ذلك أن القضاء عليه لا يجعل قضاء على الذى ادعى أنه أمينه؛ لأنه لا يتلقى من جهة المقضى عليه، وهو صاحب اليد ملكًا، فاقتصر القضاء على ذى اليد، أما ههنا فبخلافه.

ثم إن القاضى إذا سمع بينة الثانى على الوارث فى هذا الفصل، وهو ما إذا خاصمه الثانى عند قاضٍ آخر، فقضى للثانى بنصف الجارية، سواء شهد شهوده على الرجوع عن الوصية الأولى، أو لم يشهدوا على الرجوع، وهذا لا يشكل فيما إذا لم يشهدوا على الرجوع، وإنما يشكل فيما إذا شهدوا على الرجوع، والوجه فى ذلك أن

الموصى له الثانى أثبت الوصية لنفسه فى العين، وهو استحقاق على الميت، والوارث خصم فى ذلك، أما إثبات الرجوع عن الوصية الأولى فليس باستحقاق على الميت، بل هو استحقاق على الموصى له الأول خاصة، ولا يقع ذلك على الميت ولا على الوارث، والوارث ليس بخصم عن الموصى له الأول، فصح القضاء على الوارث بالوصية، ولم يصح القضاء عليه بالرجوع، فلهذا كانت الجارية بينهما نصفين، فإذا حضر الأول، فإن أعاد الثانى البينة على الرجوع أخذ الكل، وإلا أخذ نصفها؛ لما قلنا.

ولو أقام الأول بينة أن الميت أوصى له بثلث المال، ودفعه القاضى إليه، ثم أقام الثانى البينة على الأول أن الميت رجع عن الوصية الأولى، وأوصى بثلث ماله للثانى، فالقاضى يأخذ الثلث من الأول، ويدفعه إلى الثانى؛ لأنه يدعى استحقاق جميع ما فى يده، وإنه يجحد ذلك، فينتصب خصمًا لقيام اليد، وإذا انتصب خصمًا كان الثانى مثبتا استحقاق نفسه وبطلان حق الأول على من هو خصم فيهما، فلهذا كان كما قلنا.

ولو كان الوارث هو الحاضر قضى بالوصية الثانية دون الرجوع عن الأولى؛ لما مر قبل، ولو كان الأول موصى له بعبد بعينه والعبد مدفوع إليه بقضاء قاضٍ، ثم أقام آخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بمائة من ماله، فالموصى له بالعبد لا يكون خصمًا له؛ لأن الثانى لا يدعى استحقاق شىء مما فى يد الأول بعينه؛ لأن فى يد الأول عبدًا، وإنه لا يدعى استحقاق شىء مما فى يد الأول بعينه، ولهذا لو هلك العبد فى يد الأول، لا تبطل وصية صاحب المائة، فلم يكن الثانى مدعيًا استحقاق شىء مما فى يد الأول بعينه، والموصى له بالعين إنما ينتصب خصمًا لمن يدّعى استحقاق شىء مما فى يده بعينه.

ولو حضر الوارث وغاب الموصى له الأول، كان الوارث خصمًا للثانى؛ لأن الوارث خصم لمن يدعى على الميت دينًا على ما مرّ، فكذا يكون خصمًا لمن يدعى وصية مرسلة، ويكون القضاء عليه قضاء على الموصى له الأول.

٢٠٦٨٨- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل له على آخر ألف درهم قرض، أو كان غصب منه ألف درهم، وكانت فى يد الغاصب قائمة بعينها، أو استودعه ألف درهم وهى قائمة بعينها فى يد المودع، فأقام رجل البينة أن رب المال توفى، وأوصى

له بهذه الألف التى له قبل هذا الرجل، والرجل مقر بالمال، لكنه يقول: لا أدرى أمات فلان أو لم يمت؟ لم يجعل القاضى بينهماخصومة حتى يحضر وارثًا أو وصيًا، أما فى الوديعة والغصب فلأنهما اتفقا على أن يده إما يد أمانة أو يد غصب، وأيا كان لا يكون يد خصومة على ما مر، ونظيره إذا ادعى عينًا فى يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب وذو اليد يقول: أنا مودع الغائب، أو غصبته منه لا ينتصب خصمًا للمدعى، كذا هنا، وأما فى الدين فلأنه يدعى على الميت تملك الدين التى فى ذمة هذا، وليس للمدعى عليه يد على ما يدعيه الموصى له، فإن المديون لا يدَ له على ما فى ذمته من الدين، ولا ملك له، فلم ينتصب خصمًا.

٢٠٦٨٩- فرق بين هذا وبينهما لو ادعى رجل أنه وارث فلان ابنه أو أخوه والغاصب أو المودع مقرّ بالملك، ولكنه قال: لا أدرى أمات أو لم يمت؟ أو قال: لا أدرى أنت وارثه أم لا؟ فأقام البينة على ما ادعاه تقبل بينته، وانتصب ذو اليد خصمًا، والفرق أن الوارث خليفة الميت قائم مقامه، وكونه مودعًا أو غاصبًا لا يدفع خصومة صاحب الوديعة والغصب عن نفسه حتى لو قال المودع أو الغاصب: لا أدرى، هل أنت الذى أودعتنى؟ أو هل غصبت منك، أم لا؟ لايندفع عنه الخصومة بهذا القول، فكذا كونه مودعًا أو غاصبًا لا يدفع عنه خصومة وارثه[1]، أما الموصى له ليس بخليفة عن الميت، وإنما ينتصب المدعى عليه خصمًا له باعتبار يده، وتعذر جعل المدعى عليه خصمًا له بحكم اليد على ما مر، فلهذا افترقا.

وهذا الذى ذكرنا إذا كان الذى قبله المال مقرًا بذلك، فإن قال الذى فى يديه المال: هذا ملكى، وليس عندى من مال الميت شيء، صار خصمًا للمدعى؛ لأنه نازعه بدعوى الملك، فصار خصمًا له فى إثبات الملك سببه، وصار كمن ادعى عينًا فى يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب، وذو اليد يقول: هو لى، فإنه ينتصب خصمًا للمدعى، كذا هذا، وإذا جعله القاضى خصمًا فى هذا الوجه، قضى له بثلث ما فى يد المدعى عليه؛ لأن محل الوصية الثلث، والقاضى لم يعرف للميت مالا آخر، فيقضى له بثلث هذا المال إلا أن يقيم المدعى بينة أن الميت ترك ألفى درهم غير هذه الألف وأن الوارث قبض ذلك، فحينئذٍ يقضى له بكل هذه الألف؛ لأنه أثبت استحقاق كله لنفسه بالبينة العادلة،

(١) وفى م "خليفته".

فلو حضر الوارث بعد ذلك، وقال: لم أقبض من مال الميت شيئًا، لم يلتفت إلى قوله؛ لأنه صار مقضيًا عليه بوصول ألفي درهم إليه في ضمن ثبوت الألف ثلث التركة.

ولو كان مكان الموصى له غريمًا يدعى دينًا على الميت، والمسألة بحالها لم يكن الذى قبله المال خصمًا، سواء كان صاحب اليد مقرًا أو جاحدًا، أما إذا كان مقرًا فلأنه لا ينتصب خصمًا للموصى له فى هذا الوجه مع أنه يدعى شركة فى العين، فلأن لا ينتصب خصمًا للغريم، ولأنه لا يدعى شركة فى العين كان أولى، وأما إذا كان جاحدًا لأنه لا يدعى عينًا فى يد صاحب اليد، وإنما يدعى دينًا على الميت واستحقاق العين تابع له، فإذا لم يصلح خصمًا فى الأصل لا يصلح خصمًا فى التبع أيضًا.

فإن أقام هذا المدعى بينة أن فلانًا مات ولم يدع وارثًا، ولا وصيًا، فيقبل القاضى بينته، وكان ينبغى أن لا يقبل هذه البينة؛ لأنها قامت على غير خصم.

والجواب: لا، بل قامت على خصم وهو القاضى؛ لأن الشهود لما شهدوا أنه لم يترك وارثًا، فقد شهدوا أن تركة الميت لجماعة المسلمين، فالمدعى يدعى حقًا فى مال جماعة المسلمين، ولا يمكن الخصومة مع جماعة المسلمين، فينتصب القاضى خصمًا عنهم لكونه نائبهم، ولأنه يدعى بهذا وجوب نصب الوصى على القاضى حسبة، والقاضى فيما عليه يصلح قاضيًا، وإذا قضى القاضى بهذه البينة ينصب[1] عن الميت وصيًا يأمر المدعى أن يقيم البينة عليه بذلك الدين، فإذا فعل، قبل بينته على الدين، وأمر الذى قبله المال بقضاء الدين إلى الغريم إن كان الذى قبله المال مقرًا بذلك.

ثم عاد محمد رحمه الله إلى صدر المسألة، فقال: ولو أن الموصى له أقام البينة أن فلانًا مات، ولم يدع وارثًا، وأوصى له بالألف التى قبل فلان، وقال الشهود: لا نعلم له وارثًا، والذى قبله المال مقر بالألف الذى قبل فلان، فالقاضى يقضى بالمال للموصى له، فرق بين هذا، وبينما إذا كان للميت وارث، والفرق وهو أنه إذا كان للميت وارث لا يمكن أن يجعل الموصى له بمنزلة الوارث؛ لما فيه من إبطال وارثة من جعله الشرع وارثًا فى قدر الموصى به، وليس للعبد ولاية إبطال ما أبطله الشرع، فجعل الإيصاء به تمليكًا، وجعل الموصى له متملكًا على الميت بمنزلة الموهوب له والمشترى، فلم يكن الموصى له

---

(١) وكان فى الأصل "ينتصب".

نائبًا عن الميت، فلا ينتصب المودع والغاصب خصمًا له، فأما إذا لم يكن للميت وارث فالموصى له يجعل وارثًا؛ لأن الموصى أقامه مقام نفسه فيما يتركه، وهذا هو تفسير الوارث، وأمكن جعله وارثًا؛ لأن جعله وارثًا لا يؤدى إلى إبطال ما أثبته الشرع، فجعل كالوارث، وقد بينا أن يد المودع لا يدفع خصومة الوارث، فكذا لا يدع خصومة الموصى له.

ثم استشهد في الكتاب، فقال: ألا ترى أنهم لو شهدوا أن الميت أقر عندهم حال موته أن هذا أخوه لأبيه وأمه لا يعلمون له وارثًا غيره جعلت المال له وصار المودع خصمًا، وإن لم يثبت نسبه من أبيه لما لم يكن للمقر وارث، كذا هذا.

٢٠٦٩٠- قال محمد رحمه الله فى "الجامع" أيضًا: رجل له على آخر ألف درهم دين أو كان الألف فى يده غصبًا أو وديعة، أو كانت الألف وصلت إلى الذى هى فى يده من قبل أبيه أوصى بها إليه أبوه أى أبو الذى فى يده المال، وكانت فى يده لهذا الرجل، فغاب صاحب المال، فجاء رجل، وادعى أن صاحب المال مات، وأوصى له بهذه الألف التى قبل هذا الرجل، ولا بينة له، فصدقه الذى قبله المال، فهذا على وجهين: إما أن أقر المدعى أن لصاحب المال وارثًا غائبًا، أو قال: لا أدرى أنه وارث أم لا، أو قال المدعى: ليس لصاحب المال وارث، وإنما كان صاحب المال رجلا نصرانيًا أسلم، ومات، ولم يوالِ أحدًا وصدقه الذى قبله المال فى ذلك.

ففى الوجه الأول: القاضى لا يقضى على الذى فى يده المال فى الوجوه الأربعة الدين والغصب والوديعة والإيصاء؛ لأن الذى قبله المال لا ينتصب خصمًا للمدعى متى كان لصاحب المال وارث غاب، أو قال: لا أدرى أنه وارث أم لا، ولهذا لو أنكر الذى قبله المال ما ادعاه المدعى لا تسمع بينة المدعى على ما ادعى عليه، فهذا إقرار صدر لا عن خصم، فيكون مردودًا كما لو صدر من أجنبى.

وفى الوجه الثانى: يصح إقراره حتى يأمره القاضى بدفع المال إليه إلا أن القاضى يتلوم فى ذلك، ويتأنى ولا يعجل، فإن جاء مدع، أو وارث، وإلا قضى بالمال لهذا المدعى، أما صحة إقراره فلأن الذى قبله المال ينتصب خصمًا للمدعى إذا لم يكن لصاحب المال وارث، ألا ترى أنه لو أقام البينة عليه فى هذه الحالة تقبل بينته، فكان هذا

إقرارًا صدر عن خصم فيصح، وأما التأني والتلوم: فعلى حسب ما يؤدى إليه اجتهاده صيانة لقضاءه لجواز أن يظهر الأمر بخلاف ما أقر به الذى قبله المال، وعلى القاضى صيانة قضاءه عن النقض ما أمكن.

ثم إذا قضى القاضى عليه بعد التلوم، ودفع المال إليه، فهلك عنده، ثم جاء صاحب المال حيًّا، فإن كان المال غصبًا عند الرجل، فصاحب المال بالخيار إن شاء ضمن الغاصب؛ لأنه قبض مال غيره لنفسه بدعوى فاسدة، فيكون مضمونًا عليه كالمقبوض بحكم البيع الفاسد، وإن شاء ضمّن الغاصب؛ لأنه تبين أن أمر القاضى بالدفع إليه لم يصح على الغائب، فبقى الغاصب ضامنًا كما كان، فإن ضمن الغاصب، رجع على القابض، وإن ضمن القابض لا يرجع على الغاصب.

وإن كان المال وديعة عند الرجل كان له أن يضمن القابض بالإجماع؛ لما مر، وهل له أن يضمن المودع؟ فعلى قول محمد رحمه الله: كان له ذلك؛ لأن المودع بعقد الوديعة التزم الحفظ وبالإقرار دل المقر له على الأخذ، فصار تاركًا ما التزمه من الحفظ، وإنه سبب الضمان كما لو دل سارقًا عليه.

وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: ليس له ذلك؛ لأنه لو ضمن إما أن يضمن بالإقرار، أو بالدفع لا وجه إلى الأول؛ لأن مجرد إقراره لا يزيل ملك المالك ولا يده، ولهذا لو هلكت الوديعة بعد الإقرار قبل الدفع، لا يضمن المودع بالاتفاق، ولا وجه إلى الثانى؛ لأنه كان مكرهًا على الدفع، وما يقول: إنه دل المقر له على الأخذ، قلنا: نعم إلا أنه منعه من الأخذ بعد الدلالة، والمودع إذا دل إنسانًا على الوديعة، ثم منعه من الأخذ بعد الدلالة لا يضمن بالإجماع.

وإن كان المال دينًا، فلصاحب المال أن يضمن الغريم، وليس له أن يضمن القابض، وإذا ضمن الغريم كان له أن يرجع على القابض، وأما إذا كان المال وصل إليه من قبل أبيه أوصى به أبوه إليه، وصورة هذا وتفسيره إذا كان لرجل ألف درهم دفعها[1] إلى رجل، وجعله وصيًّا، ثم مات الموصى، وله ابن غائب، ثم مات الوصى وله ابن، فوصل المال إلى ابن الوصى من جهة أبيه كان أوصى بها إلى ابنه، وكان فى يده، فدفعها

(١) وفى م وف "ثم دفعها".

إلى هذا المدعى بأمر القاضى، ثم جاء صاحب المال حيًا أراد محمد رحمه الله بقوله فى هذا الفصل : جاء صاحب المال حيًا أى جاء ابن الموصى حيًا، أو لم يجئ حيًا، ولكن جاء وارثه، فنقول : إذا جاء صاحب المال حيًا له أن يضمن القابض ؛ لما مر، وليس له أن يضمن الذى قبله المال بالإجماع، أما عند أبى يوسف رحمه الله فلأن عنده لو كان الذى قبله المال مودعًا لا يضمن إذا دفع المال إلى المدعى بقضاء قاضٍ على ما مرّ، فههنا أولى، والذى قبله المال، ليس بمودع.

وأما عند محمد رحمه الله فلأنه لم يلتزم حفظه فلا يضمن بالتضييع، ولهذا قلنا : بأن فى ولد المغصوب والوديعة إذا مات الغاصب أو المودع مجهلا أنه لا يجب عليه الضمان بخلاف ما إذا كان الذى قبله المال مودعًا من جهة صاحب المال على ما مر.

ولو لم يجئ صاحب المال حيًا، ولكنه حضر وارثه، فأقام البينة أنه أخوه لأبيه وأمه لا وارث له غيره، فلا ضمان على الذى قبله المال فى الوجوه كلها ؛ لأن أمر القاضى بالدفع إلى الموصى له قد صح لما كان صاحب المال ميتًا ؛ لأن للقاضى ولاية على مال الميت لكن القابض ضامن ؛ لما مر.

ولو أن الذى فى يده المال أقر أن هذا أخ صاحب المال وأنه قد مات إلا أنى لا أدرى أهو وارثه أم لا؟ لم يقبض القاضى للمقر له بشىء ؛ لأن الثابت بالإقرار لا يربو على الثابت بالبينة، ولو قامت البينة أن هذا أخو الغائب، ولم يشهدوا أنه وارثه، فالقاضى لا يأخذ المال من يد ذى اليد ما لم يشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثًا غيره نص على هذا فى كتاب الدعوى، ففى الإقرار أولى، وإن أقر أنه وارثه لا وارث له غيره، فإن القاضى يقضى للمقر له بالمال ؛ لأن هذا إقرار حصل من خصم، ولهذا يقبل عليه بينة المدعى إذا أنكر ما ادعاه المدعى، والثابت بإقرار الخصم كالثابت معاينة.

ولو ثبت بالمعاينة أنه أخوه ووارثه، ولا وارث له غيره يقضى له بالمال، كذا هنا، ولكن يتأنى القاضى فى ذلك زمانًا على حسب ما أدى إليه اجتهاده صيانة لقضاءه عن النقض عند ظهور الأمر بخلاف الشهادة، فإن الشهود لو قالوا : هذا وارثه لا نعلم له وارث آخر، فإنه يسقط به التلوم، والفرق أن قول الشهود : لا نعلم له وارثًا آخر شهادة قولهم : لا نعلم له وارثًا آخر، يسقط به التلوم عن القاضى ؛ لأن قولهم : هذا شهادة،

وجنس الشهادة حجة على الغير، فجاز أن يسقط به التلوم، وإن لم يكن قولهم: لا وارث له من صلب الشهادة، أما قول المقر: لا وارث له غيره هذا إقرار على غيره، وجنس الإقرار ليس بحجة على الغير، فلا يسقط به التلوم، فإذا تلوم زمانًا، فلم يظهر له وارث آخر، ودفع المقر المال إلى المقر له بأمر القاضي، ثم جاء صاحب المال حيًّا، قال محمد رحمه الله في الكتاب: فهو بمنزلة الموصى له فيما وصفت له من حق التضمين، ولو لم يجئ صاحب المال حيًّا، لكن جاء رجل، وأقام بينة أنه ابنه قال في الكتاب أيضًا: إنه بمنزلة الموصى له في جميع ما وصفت لك في أنه لا ضمان على الذي قبله المال في الفصول كلها، وكان الضمان على القابض على ما مر.

ولو أن الذي في يديه المال أقر لرجل أنه ابن الميت، وأن للميت ابنًا آخر، وقال الابن المقر له: ليس له ابن آخر يتلوم القاضي زمانًا؛ لأن الذي قبله المال لو قال: هذا ابنه ليس له ابن آخر يتلوم القاضي صيانة لقضاءه من النقض، فههنا أولى، فإذا تلوم زمانًا، فإن حضر وارث آخر، وإلا دفع المال كله إليه؛ لأن حقه قد ظهر، فلا يجوز تأخيره لأمر موهوم.

ثم فرق بين هذا، وبينما إذا أقر الذي قبله المال لرجل أنه أخو الميت، ولم يقل: إنه وارثه قال: القاضي لا يدفع إليه المال، وإن تلوم زمانًا، وهنا قال: إذا أقرّ الذي قبله المال لرجل أنه ابن الميت، فالقاضي يأمره بالدفع إليه بعد ما تلوم زمانًا، وإن لم يقل: هو وارثه، والفرق وهو أنا نعتبر الثابت بالإقرار في الموضعين جميعًا بالثابت بالبينة، ولو شهد الشهود أن المدعي ابن الميت، ولم يشهدوا أنه وارثه، وتأنى القاضي زمانًا نزع القاضي المال من يد ذي اليد، ودفعه إلى المدعي؛ لأنه تيقن بكونه وارثًا، فإنه مما لا يحجب بحال، فكذا إذا ثبت بالإقرار، ولو شهد الشهود أنه أخو الميت، ولم يشهدوا أنه وارثه، فالقاضي لا ينزع المال من يد ذي اليد؛ لأنه لم يتيقن بكونه وارثًا؛ لأنه ممن يحجب ببعض الورثة، فوقع الشك في كونه مستحقًّا، فلايثبت الاستحقاق بالشك، فكذا إذا ثبت بالإقرار.

ثم قال في الكتاب: إذا تلوم القاضي زمانًا، ولم يظهر للميت ابن آخر أمر القاضي الذي قبله المال، بأن يدفع المال كله إلى المدعي، ويأخذ منه كفيلا ثقة، وما لم

يعطِه كفيلا ثقة لا يأمر بدفع المال نظرًا للغائب لجواز أن يكون للميت ابن آخر، فمن مشايخنا رحمهم الله من قال: هذا قولهما.

أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فلا يأخذ كفيلا بناء على ما ذكر في "الجامع الصغير" أن من مات، فجاء رجل، وادعى أنه ابنه، وشهد له بذلك، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثًا غيره يتلوم القاضي زمانًا، فإذا تلوم، ولم يظهر له وارث آخر يسلم إليه التركة، ولا يأخذ منه كفيلا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يأخذ له كفيلا، وقال عامة مشايخنا رحمهم الله: لا، بل هذا على الاتفاق.

والفرق لأبي حنيفة رحمه الله على قول العامة: إن الحق ههنا ثبت بالإقرار، فإنه حجة قاصرة، فضعف هذا الحق، فيحتاط بأخذ الكفيل، وفي تلك المسألة الحق ثبت بالبينة، وإنها حجة متعدية، فقوى الحق، فلا يحتاج إلى أخذ الكفيل، فإن جاء وارث آخر، فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها؛ لأن أمر القاضي بالدفع قد صح؛ لما مر أن للقاضي ولاية على مال الميت، ولكن الضمان على القابض وعلى كفيله؛ لأن القابض أخذ المال لنفسه بغير حقّ، والكفيل ضمن عنه.

ثم قال في الكتاب: وكذلك جميع ما وصفنا من إقرار الذي قبله المال بالوصية لصاحب الوصية بالميراث لصاحب الميراث، فإن القاضي إذا دفع المال إلى المقر له بعد ما تلوم زمانًا، يأخذ منه كفيلا ثقة لجواز أن يظهر الأمر في التأني على خلاف ما أقر[1]، فيأخذ كفيلا نظرًا للغائب.

ولو كان الذي حضر، وادعى أن له على صاحب المال ألف درهم دين، وأنه مات وصدقه الذي قبله المال في ذلك لم يلتفت القاضي إلى ذلك، ولم يجعل بينهما خصومة حتى يحضر وارث في الوجوه الأربعة؛ لأنه لا يدعي شيئًا مما في يده إنما يدعي دينًا في ذمة الميت، وهو في حق ذمته أجنبي، فلا يصح إقراره، وهذا إذا زعم المدعي أن للميت وارثًا، أو قال: لاأدري له وارث أم لا، فإن أقر الذي قبله المال، والمدعي أنه ليس له وارث، فالقاضي يتلوم، ويتأنى زمانًا، ثم إذا تلوم، ولم يظهر له وارث لا يدفع المال إلى المقر له، ولكنه ينصب للميت وصيًا؛ لأنه لما تلوم زمانًا، ولم يظهر له وارث، ولا

(١) وفي ظ "لأن ما أقر" مكان "خلاف ما أقر".

وصى، ظهر أن هذه تركة مهملة ليس لها وارث، ولا وصى، فينصب القاضى وصيّا؛ ليستوفى ما للميت على الناس، ويوفى مالهم عليه، وإذا نصب، يأمر المدعى بإقامة البينة على الوصى.

٢٠٦٩١- فرق بين هذا وبينما إذا ادعى المدعى أن الميت أوصى له بالمال الذى قبله، أو أنه وارثه وزعم أنه لا وارث للميت، وصدقه فى ذلك الذى قبله المال وتأنى القاضى فى ذلك زمانًا، ولم يظهر له وارث آخر، حيث يدفع المال إليه، ولا يكلف المدعى إقامة البينة على ما ادعى من الوصية والميراث، وههنا قال: يكلف المدعى إقامة البينة على ما ادعى من الدين، والفرق فى مسألة الوصية بالمال والميراث: الذى قبله المال أقر للمدعى بعين ما فى يده؛ لأن الموصى له والوارث يستحقان عين التركة، فصار الذى قبله المال مقرّا للمدعى بعين ما فى يده، فأمر بالدفع إليه، أما ههنا: فالذى قبله المال لم يقر بعين ما فى يده لما أنه لا حق للغريم فى عين التركة، فلم يكن مقرّا على نفسه، بل أقر على الميت، فلا يثبت ما أقر به إلا بالبينة، فإذا أقام البينة على هذا الوصى أمره القاضى بأن يدفع حقه إليه.

فإذا دفع، ثم جاء صاحب المال حيّا، والمال مستهلك عند المقر له، كان الجواب فى الوجوه الأربعة الوديعة والغصب والدين والوصية كما قلنا: فى الفصل الأول، ولو لم يجئ صاحب المال حيّا، ولكن حضر وارثه، وجحد الدين لم يلتفت إلى جحوده، وكان قضاء القاضى ماضيًا، ولا يكلف المدعى للدين إقامة البينة على الوارث؛ لأن تصرف القاضى فى تركة الميت حالة غيبة الوارث ونصبه وصيّا، وأمره بدفع الدين جائز، وإذا جاز ذلك صار الوصى خصمًا، فكانت بينة المدعى قائمة على خصم، فلا يحتاج إلى إعادة البينة على الوارث.

٢٠٦٩٢- قال فى "الجامع": رجل له عند رجل وديعة، أو غصب، أو دين عليه، فأقام رجل بينة أن صاحب المال قد توفى، وأن هذا المدعى أخوه لأبيه وأمه وارثه، ولا وارث له غيره، والذى قبله المال جاحد للمال، أو مقر بالمال منكر؛ لما سواه، فإنه ينتصب خصمًا له، أما إذا كان جاحدًا فلا شك، وأما إذا كان مقرّا فلأن الوارث نائب عن الميت، وقد ذكرنا أن كونه مودعًا أو غاصبًا أو مديونًا لا يدفع خصومة من هو نائب

الميت.

وإذا قضى القاضي بالمال كله، فقبضه، ثم جاء صاحب المال حيّا، وقد هلك المال في يد القابض، فإن كان الذى قبله المال غاصبًا، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء، ضمن الأخ، أما الشهود: فلأنهم أتلفوا الملك على الغائب حيث نقلوا المال عن ملكه إلى ملك أخيه، والشاهد بهذا يضمن إذا ثبت كذبه، وأما الغاصب فلأن الغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالإبراء، أو بالرد إلى المالك، أو إلى نائبه، والأخ لم يكن نائبًا عنه فى القبض إذا لم يوكله بذلك، ولم يصر نائبًا أيضًا بأمر القاضى؛ إذ ليس للقاضى ولاية على الغائب فى نصب الوكيل عنه، وأما الأخ فلأنه قبض مال غيره لنفسه بغير حق، فإن اختار تضمين الغاصب، كان له الخيار، إن شاء، ضمن الشهود، وإن شاء، ضمن الأخ؛ لأن الغاصب تملكه بأداء الضمان، فظهر أن التعدى من الشهود، ومن الأخ وقع على الغاصب، فيضمن أيهما شاء، فإن ضمن الشهود، رجعوا على الأخ؛ لأنهم ملكوه بأداء الضمان، وظهر أن الأخ تعدى عليهم، وإن ضمن الأخ، لا يرجع على أحد؛ لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت القبض، ولم يقع عليه تعد بعد ذلك من جهة أحد، وإن اختار الملك تضمين الشهود، فإنهم يرجعون على الأخ؛ لما قلنا، وإن اختار المالك تضمين الأخ فإنه لا يرجع على الشهود؛ لما مر أيضًا.

وإن كان الذى قبله المال مودعًا، فلا ضمان لصاحب المال على الدافع؛ لأنه كان مجبرًا على الدفع، ولكن يخير صاحب المال، إن شاء، ضمن الشهود، وإن شاء الأخ، فإن ضمن الشهود، رجعوا على الأخ، وإن ضمن الأخ، لا يرجع على أحد لما قلنا.

وإن كان المال دينًا، فلا ضمان لصاحب المال على الشهود؛ لأنهم لم يتلفوا عليه شيئًا، فإن الدين فى ذمة الغريم كما كان، ولا ضمان له على الأخ أيضًا؛ لأنه قبض مال الغريم، لا مال صاحب الدين، ولكن صاحب المال يرجع على الغريم بدينه؛ لأنه لم يؤد الدين لا إلى المالك، ولا إلى نائبه فلا يبرأ، فإذا أخذ صاحب المال الدين من الغريم، كان الغريم بالخيار، إن شاء ضمن الشاهدين؛ لأنهما أتلفا ملكه فى المقبوض بشهادتهما الباطلة، وإن شاء ضمن الأخ؛ لأنه قبض ماله لنفسه بغير حق، فإن ضمن الشهود،

رجعوا على الأخ، وإن ضمن الأخ لا يرجع على الشهود، وإنما صح تصرف الأخ فى هذه الوجوه؛ لأن الشهادة بطلت لمعنى لا تهمة فيه بخلاف رجوع الشهود؛ لأن هناك بطلان الشهادة لمعنى فيه تهمة وهو الرجوع.

ولو لم يأتِ صاحب المال حيًّا، بل تحقق موته كما قد شهد الشهود، فأقام رجل بينته أنه ابن الميت قضى القاضى بذلك؛ لأن كون الأول أخ لا ينافى[1] الثانى ابنًا، وإذا قضى بذلك، فلا ضمان على الدافع فى الوجوه كلها؛ لأن للقاضى ولاية على مال الميت فصح الأمر بالدفع، فلا يضمن الدافع شيئًا، ولكن للابن الخيار إن شاء، ضمن الشهود؛ لأنهم نقلوا ملك الابن إلى الأخ، وقد ظهر كذبهم فيما شهدوا لما ظهر للميت ابن، وإن شاء، ضمن الأخ؛ لأنه قبض ماله لنفسه بغير حق، فإن ضمن الأخ لم يرجع على الشهود، وإن ضمن الشهود رجعوا على الأخ؛ لما قلنا.

٢٠٦٩٣- فقد فرق بين هذا وبينما إذا جاء الشهود بموته حيًّا، فإن هناك لا يكون له ولاية تضمين الأخ والشاهدين، وههنا قال له: ولاية تضمين الأخ والشاهدين، أما الفرق فى حق الشهود: فإن الشهود بموته إن جاء حيًّا، فالشهود ما أزالوا ملكه عن الدين، فإن دينه فى ذمة الغريم على حاله، وما أحالوا بينه وبين الدين، فإنه يثبت له مطالبة الغريم بالدين، فأما ههنا: فإنهم أزالوا ملك الابن عن الدين، وأحالوا بينه وبين الدين، فإن الابن صار ممنوعًا عن مطالبة الغريم بسبب شهادتهم، وأما الفرق فى حق الأخ: فإن هناك لما بقى الدين فى ذمة الغريم، كان الأخ قابضًا مال الغريم لا مال هذا المالك، وههنا لما لم يبقَ الدين فى ذمة الغريم، كان الأخ قابضًا مال الابن بغير الحق، فلهذا افترقا.

ولو لم يقم الثانى بينة أنه ابن الميت، لكن أقام بينته أنه أخو الميت لأبيه وأمه ووارثه قضى القاضى لبينته لعدم المنافاة، ويقضى له بنصف ما قبض الأول من الميراث، ولا ضمان على الذى قبله المال فى الفصول كلها؛ لأنه لا ضمان عليه، إذا كان الثانى ابنًا مع أن الأخ القابض لا يبقى وارثًا مع الابن فلان، لا يجب الضمان ههنا، والأخ القابض يبقى وارثًا مع الأخ الثانى كان أولى، ولا ضمان على الشهود ههنا؛ لأنهم لم يرجعوا

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى م وف "لافى"، وفى ظ "لاقى".

عن شهادتهم، ولم يوجد ما يبطل شهادتهم، ولا ما يجعل شهادتهم تعديًا؛ لأن ثبوت الأخوة للثاني وكونه وارثًا لا ينفي كون الأول وارثًا، فبقيت شهادتهم حجة، فلم يضمنوا بخلاف المسألة الأولى؛ لأن البنوة إذا ثبت، بطل كون الأخ وارثًا، فصارت شهادتهم تعديًا، أما ههنا فبخلافه.

فإن قيل: قد ثبت التعدي بشهادة الفريق الأول؛ لأنهم قالوا: لا نعلم له وارثًا آخر.

قلنا: ليس هذا من صلب الشهادة، وكيف يكون هذا من صلب الشهادة، وإنه شهادة على النفي إلا أن القاضي كان يتلوم زمانًا حتى نظر أنه هل يظهر له وارث آخر، فهم بهذا القول أسقطوا عنه مؤنة التلوم، أما أن يكون هذا من صلب الشهادة فلا، ولما لم يكن هذا من صلب الشهادة، صار في حق الشهادة كالعدم.

الفصل السابع والعشرون
فى تصرف الأب ووكيل الأب والجد
والقاضى وأمينه فى مال الصبى

٢٠٦٩٤- الأب إذا باع مال نفسه من ابنه الصغير، أو اشترى ماله لنفسه جاز استحسانًا، والقياس أن لا يجوز؛ لأن الواحد لا يصلح عاقدًا من الجانبين فى عقود المعاوضات؛ لما فيه من رجوع الحقوق المتضادّة والأحكام المتنافية إلى الواحد على ما عرف، وطريق الجواز على جواز الاستحسان أن يجعل الأب رسولا عن الصغير فى التصرف، وأمكن جعله رسولا عنه لانتفاء التهمة عن تصرفه مع نفسه بسبب كمال الشفقة، وعبارة الرسول عبارة المرسل، فصار العقد قائمًا بعبارتين معنى كأن الأب باع من هذا الغلام وهو بائع، ثم تحمل العهدة عنه بحكم الأبوة لعجزه عنها، فلا يؤدى إلى التضاد فى الأحكام؛ لأنه إنما يؤدى إليه أن لو كان لحقوق العهدة الأب بحكم العقد، ولهذا لو بلغ الصغير كانت العهدة عليه بخلاف الوكيل؛ لأنه لم يوجد فى حق الوكيل سبب تحمل العهدة سوى العقد، وكان لحقوق العهدة فى حقه بحكم العقد فجاء التضاد على أنا نقول: هذا العقد لا يوجب التسليم والتسلم والمطالبة ليصير الواحد مسلمًا ومتسلمًا مطالبًا ومطالبًا؛ لأن الصغير فى يد الأب وماله فى يد الأب، فالبيع والشراء صادف محلا مسلمًا، فلا يجب التسليم والتسلّم ولا المطالبة، فلا يتحقق التضاد فى الأحكام وهو المانع من الجواز.

ثم اختلف المشايخ فى أنه هل يشترط لتمام هذا العقد الإيجاب والقبول، والصحيح أنه لا يشترط حتى إن الأب إذا قال: بعت هذا من ولدى بكذا، وقال[1]: اشتريت هذا بكذا، فإنه يتم العقد، ولا يحتاج إلى أن يقول: بعت واشتريت، وإليه أشار فى الكتاب، فإنه قال: إذا باع من ولده وأشهد على ذلك جاز، ولم يشترط القبول، وهكذا ذكر الناطفى فى "واقعاته"، وهذا لأن البيع قد ينعقد بدون اللفظ

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف "أو قال".

بالتعاطى، ولا ينعقد بدون العاقد، ثم فيما لا ينعقد العقد بدونه، وهو العاقد لما اكتفى بالواحد من الجانبين، ففيما ينعقد العقد بدونه وهو اللفظ لأن يكتفى بالواحد من الجانبين أولى، والمعنى فيه أنه لا عبرة للقبول عند وجود الرضى كما فى فصل التعاطى والرضى يتم بقوله: بعت هذا العين من ولدى بكذا، فلا يعتبر القبول.

ثم إن محمدًا رحمه الله ما ذكر الإشهاد فى الكتاب على وجه الشرط لجواز هذا البيع وتمامه، وإنما ذكره على وجه الاستيثاق لحق الصغير حتى تميز معاملته للصغير، ولا يجعل تركة بعد موته.

ثم يجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس فى مثله، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز هذا العقد إلا بمثل القيمة، فلم يتحمل فى هذا العقد الغبن اليسير على هذه الرواية، وفرق بينه وبين تصرفه مع الأجانب، والفرق بأن الغبن اليسير إنما يتحمل فى تصرفه مع الأجانب؛ لأن التهمة منتفية؛ لأن إنسانًا لا يؤثر الأجنبى على ولده، وفى تصرفه مع نفسه التهمة متمكنة؛ لأن الإنسان قد يؤثر نفسه على ولده، فيستوى فيه اليسير والفاحش، ولكن ما ذكر فى ظاهر الرواية أصح؛ لأن الغبن اليسير إنما يتحمل فى تصرفه مع الأجانب؛ لأن التحرز عنه غير ممكن؛ لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، وهذا المعنى موجود فى تصرفه مع نفسه، وما قال من المعنى ليس بصحيح؛ لأن الإنسان بحكم شفقته ينظر للصغير فى تصرفه مع نفسه ما لا يمكنه ذلك فى تصرفه مع الأجانب، فكان معنى انتفاء التهمة ههنا أبين وأظهر.

ولو وكل الأب رجلا ببيع عبد له من أبيه أو بشراء عبد أبيه له والابن صغير لا يعبر عن نفسه، ففعل الوكيل ذلك لا يجوز؛ لأن الجواز فى تصرف الأب مع نفسه لحاجة الصغير إلى تميز ماله، وطريقه جعل الأب رسولا عن الصغير فى التصرف لانتفاء التهمة، ولا حاجة ههنا؛ لأنها تندفع بتصرف الأب نفسه، وكذا لا يمكن جعله الوكيل رسولا عن الصغير فى التصرف لتمكنه التهمة فى تصرفه لانعدام الشفقة، وتوضيحه أن الأب نائب عن الصغير فى التوكيل، فصار توكيل الأب على الصغير كتوكيل الصغير بعد البلوغ، ولو وكل الصغير بعد البلوغ وكيلا، ووكل الأب أيضًا ذلك الوكيل، فباع مال هذا من ذلك لا يجوز، كذا ههنا.

فإن كان الأب حاضراً، وقبل من الوكيل جاز، وتكون العهدة من جانب الابن على الأب، ومن جانب الأب على الوكيل، وقيل: على العكس؛ لأن جعل الأب متصرفًا عن نفسه أولى؛ لأن الأصل فى الإنسان أن يكون متصرفًا لنفسه، والأول أصح؛ لأن تصرف الأب لنفسه مباح، وتصرفه للصغير فرض، وإيقاع فعل الإنسان عما هو فرض عليه أولى من إيقاعه عما هو مباح له، واعتبره بما إذا اشترى نقرة وزنها عشرة وثوبًا قيمته عشرة بعشرين، ونقد العشرة يجعل المنقودة عن النقرة؛ لأن قبض بدل النقرة فى المجلس مستحق، وقبض بدل الثوب ليس بمستحق، بل هو مباح، فإذا وجد القبض، كان إيقاعه من المستحق أولى.

٢٠٦٩٥- ذكر هشام فى "نوادره" عن محمد رحمه الله: إذا اشترى الأب عبد ابنه الصغير لنفسه شراء فاسدًا، فمات العبد قبل أن يستعمله الأب، أو يقبضه، أو يأمره بعمل، مات من مال الصغير؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه، بل يتوقف على القبض، وبالتخلية لا يجعل قابضًا فى البيع الفاسد، بل يشرط القبض الحسى الذى يصير به غاصبًا مال الغير حتى يصير مضمونًا بالقيمة، فيملكه بها، وقد ذكرنا فى كتاب البيوع: أن التخلية فى البيع الفاسد قبض على رواية "الجامع".

ولو باع عبده من ابنه الصغير بيعًا فاسدًا، ثم أعتقه جاز عتقه؛ لأنه لا يخرج عن ملكه بمجرد البيع الفاسد، فقد أعتق ملك نفسه.

٢٠٦٩٦- وفى "المنتقى": اشترى من ابنه عبدًا، والعبد فى يد الأب، فمات العبد، فهو من مال الابن حتى يأمره الوالد بعمل، أو يقبضه بمنزلة عبد اشتراه وهو وديعة عنده، وهذا لأن العبد فى يد الأب أمانة، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء.

٢٠٦٩٧- وإذا كان لرجل ابنان، فباع مال أحدهما من الآخر وهما صغيران، بأن قال: بعت عبد ابنى فلان من ابنى فلان جاز؛ لأنه لو باع مال أحدهما من نفسه يجوز، فإذا باع من الآخر، كذلك يجوز، هكذا ذكر المسألة فى "الزيادات"، ولم يذكر ثمة أنهما إذا بلغا، فالعهدة على من تكون؟ وقد اختلفوا فيه، والصحيح أن العهدة تكون عليهما، لأن لحوق العهدة الأب بطريق التحمل عنهما لعجزهما عن التحمل بأنفسهما، وبالبلوغ

ارتفع العجز، فكانت العهدة عليهما لهذا.

ولو وكل الأب رجلا حتى باع مال أحد الصغيرين من الآخر لا يجوز؛ لماذكرنا، قال في الكتاب: ألا ترى أنهما لو كانا كبيرين، فوكلا رجلا حتى باع مال أحدهما من الآخر لايجوز، وهذا جواب عن سؤال مقدم ولم يذكره، وهو أن الوكيل قائم مقام الموكل، والأب لو باع مال أحدهما من الآخر يجوز، فإذا وكل بذلك رجلا يجب أن يجوز، فأشار إلى الجواب بما ذكر من المسألة، ثم الفارق بين تصرف الوكيل وتصرف الأب ما ذكرنا.

ولو وكل الأب وكيلا بالبيع ووكيلا بالشراء، فباع الوكيلان يجوز؛ لأن العقد قام بالاثنين، وزالت الاستحالة.

٢٠٦٩٨- وفي الفتاوى: الأب إذا باع مال الصغير من أجنبي بمثل القيمة، فهو على ثلاثة أوجه: فإن كان الأب محمودًا عند الناس أو كان مستور الحال، يجوز البيع حتى لو كبر الابن، لم يكن له أن ينقض البيع؛ لأن للأب شفقة كاملة، ولم يعارض هذا المعنى معنى آخر، وكان هذا البيع نظرًا فيجوز، وإن كان الأب فاسدًا، فإن باع العقار، لا يجوز، حتى لو كبر الابن له أن ينقض البيع عند بعض المشايخ، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله، إلا إذا كان خيرًا للصغير، بأن باع بضعف قيمته؛ لأنه عارض شفقة الأب معنى آخر، فلم يكن هذا البيع نظرًا.

وإن باع ما سوى العقار من المنقولات، ففيه روايتان: في رواية: يجوز، ويؤخذ الثمن ويوضع على يدي عدل، وفي رواية: لا يجوز إلا إذا كان خيرًا للصغير على نحو ما قلنا، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله.

٢٠٦٩٩- وفي "نوادر هشام" عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله: الأب إذا باع لابنه الصغير ما ثمنه عشرة دراهم بدرهم يعني باع من أجنبي يجوز، فإن اشترى له ما ثمنه درهم بعشرة دراهم لم يجز، وفي الأصل سوى بين البيع والشراء في هذه الصورة وأشباهها، ولم يجوزهما؛ لأن تصرف الأب مقيد بشرط النظر، وقد فات النظر، وعلى هذه الرواية فرق بين البيع والشراء، فلم يجوز الشراء لمكان التهمة؛ لأن للأب أن يضيف الشراء إلى نفسه، فيتّهم من حيث إنه اشترى لنفسه، فلما وجد غبنًا

فيه أظهر الشراء للابن، ومثل هذه التهمة منتفية فى البيع، والداعى إلى النفاذ موجود فينفذ.

وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله فى "أدب القاضى" فى أبواب الوصايا: أن الصغير إذا ورث مالا وله أب مبذر مستحق للحجر على قول من يرى ذلك لا تثبت الولاية للأب.

٢٠٧٠٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف، ثم قال فى مرضه: قد قبضت من فلان الثمن، ثم مات من مرضه لم يجز إقرار الأب علل، فقال: لأنه كأنه ضمن لابنه فى مرضه ألف درهم، أو أقر بها له فى ماله، ومعنى هذا الكلام أن الأب بإقراره باستيفاء الثمن من المشترى أقر لابنه بمقدار الثمن فى ماله، وإقرار المريض لوارثه لا يصح، فصار وجوده كعدمه، فكان للوصى أن يأخذ الثمن من المشترى كما لو لم يوجد هذا الإقرار من المريض، ولو كان قال فى مرضه: قد قبضتها من فلان فضاعت، كان مصدقًا، ولو قال: قبضتها واستهلكتها، لم يكن مصدقًا، ولا يبرأ المشترى منها؛ لأنه لما ادعى الضياع، فما أقر للابن بشىء من ماله بخلاف ما إذا ادعى الاستهلاك، ولا يكون للمشترى إذا أخذ منه الثمن أن يرجع على الأب، أو فى ماله؛ لأن ذلك الإقرار قد بطل منه، وإقرار قد بطل لا يبنى عليه حكم.

٢٠٧٠١- وفى "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله: إذا باع الأب على الصغير داره، فإذا هو لصغير آخر هو أبوه، فهو جائز، والقاضى إذا باع على صغير داره، فإذا هى لصغير آخر هو فى ولايته لا يجوز، هكذا روى عن محمد رحمه الله فى "المنتقى".

٢٠٧٠٢- وعن محمد رحمه الله أيضًا: إذا اشترى الأب لصغيره شيئًا، ونقد ثمنه من ماله ينوى أن يرجع به، ولم يشهد على ذلك لم يقض القاضى له فى الرجوع، ووسعه فيما بينه وبين ربه أن يرجع.

٢٠٧٠٣- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل اشترى دارًا لابنه الصغير، فعلى الأب أن ينقد الثمن، وإن مات قبل أن ينقد الثمن، وهو فى مال الأب

خاصة، ولا يرجع به فى مال الابن، قال: ولو كان ما يشترى، يرجع به عليه، يرجع بثمن الكسوة والطعام عليه، وكذلك كل دين لزم الصبى فى حاجته، فضمنه الأب، فإنه لم يرجع به على الابن استحسانًا، وهو متطوع فيه.

٢٠٧٠٤- ولو اشترى لابنه دارًا وأشهد عند عقد البيع أنه يرجع عليه بالثمن، كان له أن يرجع عليه به، وكذلك كل شيء يشترى مما لا يجبر الأب عليه، وكذلك كل دين كان على الابن، فضمنه الأب عنه، وذكر فى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله تفصيلا فيما اشتراه الأب لابنه، قال: إن كان ما اشتراه شيئًا، يجبر الأب عليه، بأن كان طعامًا أو كسوة ولا مال للصغير لا يرجع الأب عليه، وإن شهد على الرجوع، وإن كان المشترى شيئًا، لا يجبر الأب عليه، بأن كان المشترى طعامًا أو كسوة وللصغير مال، أو كان المشترى دارًا أو ضياعًا، إن كان الأب أشهد وقت الشراء أنه يرجع، يرجع، وإن لم يشهد لا يرجع.

وعن أبى حنيفة رحمه الله: فيما إذا اشترى دارًا أو ضيعة أو مملوكًا لابنه الصغير إن كان للأب مال، فالرجوع بالثمن على التفصيل، إن أشهد وقت الشراء أنه يرجع، يرجع وإلا فلا، وإن لم يكن للأب مال، لا يرجع، أشهد على الرجوع أو لم يشهد، ثم فى بعض المواضع يشترط الإشهاد وقت الشراء، وفى بعضها وقت نقد الثمن، ويقول: إن أشهد وقت نقد الثمن أنه إنما ينقد الثمن ليرجع عليه.

وروى الحسن بن مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله: فيمن اشترى لابنه الصغير ثوبًا، ودفعه إليه فى صحته، ثم أدى الثمن فى مرضه، لا يرجع على الابن بشيء؛ لأن الذى يرجع به[1] الأب على الابن الثوب، وقد أمضاه فى حال الصحة.

٢٠٧٠٥- وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله: رجل تزوّج امرأة على أمة لابنه الصغير، فهو جائز، وإذا سلّم الأمة، يصير متلفًا للأمة معنى، أو مستقرضًا قرضًا فاسدًا، فيضمن قيمة الأمة فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وفى قول أبى يوسف رحمه الله: لا يصح إمهار الأمة، ويكون قيمتها على الأب للزوجة، وإذا زوج أمة ابنه الصغير، فقد ذكرنا ذلك فى كتاب النكاح إذا تزوج بأمة ابنه الصغير يجوز.

(١) وفى م وف "تبرع".

٢٠٧٠٦- وإذا رهن الأب متاع ابنه الصغير بدين نفسه ، القياس أنه لا يجوز ، وفى الاستحسان : يجوز ، وهذا القياس والاستحسان على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله : لا يجوز أصلا ، وهذا المسألة بناء على أن الأب إذا باع مال الصغير بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين ، على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : يجوز ، ويصير الثمن قصاصًا بدينه ، ويصير هو ضامنًا للصغير خلافًا لأبى يوسف رحمه الله .

وأجمعوا على أن الأب إذا أراد أن يوفى دينه من مال الصغير ، ليس له ذلك هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرح كتاب الرهن ، وذكر القاضى الإمام صدر الإسلام فى شرحه : أن الأب يملك قضاء دين نفسه من مال الصبى ، وأشار إلى المعنى ، فقال : قضاء الأب دين نفسه من مال الصغير بمنزلة بيع مال الصبى من نفسه ، والأب يملك ذلك بمثل القيمة ، ويحتمل أن يكون فى المسألة روايتان .

وإذا صح رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه عندهما ، فهلك الرهن فى يد المرتهن ، هلك بما فيه ، ويضمن الأب للصغير قيمة الرهن إذا كانت القيمة مثل الدين أو أقل ، أما إذا كانت القيمة أكثر من الدين : يضمن مقدار الدين ، ولا يضمن الزيادة ؛ لأنه فيما زاد مودع مال الصغير ، وله هذه الولاية .

٢٠٧٠٧- ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فى شرح كتاب الرهن : أن للأب أن يستقرض مال ولده لنفسه ، وذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرحه : أنه ليس له ذلك ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه ، قال رحمه الله : وهذا فصل تكلم الناس فيه ، قال : وأشار محمد رحمه الله فى كتاب الرهن إلى أنه يملك ذلك ، قال : وعليه عامة المشايخ رحمهم الله .

وهل له أن يقرض مال الصغير من الأجنبى؟ ذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله : أن فى الروايات الظاهرة ليس له ذلك ، وفى رواية كتاب الرهن له ذلك ، والأب إذا أقرض مال نفسه لولده ، وأخذ رهنًا من مال ولده ، جاز له ذلك ، هكذا ذكر شمس الأئمة الحلوانى وشيخ الإسلام خواهر زاده رحمهما الله .

٢٠٧٠٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : لا يجوز أمر والد المعتوه عليه حتى يمضى سنة من يوم صار معتوهًا، قال : ولا أحفظ فيه عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله شيئًا، قال ابن سماعة : كان محمد رحمه الله وقت فى ذلك شهرًا، ثم بعد رجوعه من الرقة، وقته بسنة، وكل جواب عرفته فى المعتوه، فهو الجواب فى المجنون؛ لأنهما يستويان فى الأحكام.

٢٠٧٠٩- وإذا أرسل الأب غلامه فى حاجته، ثم باعه من ابن صغير له، جاز، ولا يصير الأب قابضًا عن ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل أن يرجع إلى الوالد هلك من مال الوالد بخلاف ما إذا وهبه منه حيث يصير قابضًا له عن الابن بنفس الهبة، والفرق أن قبض الأب فى العبد قبض أمانة؛ لأن قبض الإنسان مال نفسه قبض أمانة، وإنه ينوب عن قبض الهبة أما لاينوب عن قبض الشراء.

فرع على مسألة البيع، فقال : إن لم يمت العبد ورجع إلى الوالد وتمكن الوالد من قبضه يصير الوالد قابضًا له عن ولده إن لم يبلغ الولد؛ لأنه مادام صغيرًا، فقبض الوالد قبض له، وإن لم يرجع العبد حتى بلغ الولد، ثم رجع العبد إلى الوالد، لا يصير الوالد قابضًا للولد حتى لو هلك قبل أن يقبضه الولد، هلك من مال الوالد، فانتقض البيع، فالأصل أن الأب إذا اشترى لابنه الصغير شيئًا، فمادام الابن صغيرًا، فحق القبض للأب، وإذا بلغ الابن، فإن كان الأب قد اشترى من الأجنبى، فحق القبض للأب، وإن كان قد اشتراه من نفسه، فحق القبض للابن، ولا يجوز قبض الأب عليه.

٢٠٧١٠- وفى حيل "الأصل" : ذكر طريق براءة الأب عن الثمن الذى وجب عليه لابنه الصغير، فقال : يخرج الأب مقدار الثمن من مال نفسه، وذلك مائة دينار مثلا، ثم يقول الأب : إنى اشتريت من متاع ابنى كذا بمائة دينار، وهذه مائة دينار أخرجها من مالى ثمنًا لهذا الذى اشتريت، وقد قبضتها لابنى يكون له فى يدى، ويشهد على ذلك.

وعن محمد رحمه الله فى "النوادر" : أنه قال : لا يبرأ عن الثمن ما لم يشتر لابنه بذلك الثمن من مال نفسه شيئًا، وعلى هذا إذا اتفق من مال ابنه الصغير فى حاجة نفسه حتى وجب عليه الضمان، أو غصب شيئًا من ابنه الصغير حتى وجب عليه الضمان،

ثم أراد أن يبرأ عنه، فهو على ما قلنا.

وفى "الهاروني": الثمن الذى لزم الأب بشراء مال ولده، لا يبرأ الأب منه حتى ينصب القاضى وكيلا عن الصغير بقبضه، ثم بعد قبضه يأمره القاضى برده على الأب، حتى يكون فى يده عن ابنه وديعة.

٢٠٧١١- وإذا باع الأب داره من ابنه الذى فى عياله والأب ساكن فيها لا يصير الابن قابضًا ما لم يفرغه الأب حتى لو انهدمت الدار والأب فيها، يكون الهلاك على الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب أو عياله، وهو غير ساكن فيها، فإن فرغها الأب، صار الابن قابضًا، فإن عاد الأب بعد ما تحول عنها فسكن، أو جعل فيها متاعًا له، أو أسكنها عياله، وكان غنيّا، صار بمنزلة الغاصب.

٢٠٧١٢- وفى "الهاروني": لو باع الأب من ابنه الصغير جبة له، وهى على الأب أو طيلسانًا هو لابسه أو خاتمًا فى إصبعه لا يصير الابن قابضًا حتى ينزع الأب ذلك، وكذلك فى الدابة والأب راكبها، وكذلك إذا كان عليها حمل حتى ينزعها عنها.

٢٠٧١٣- ولو قال الأب: أشهدوا أنى قد اشتريت جارية ابنى هذه بألف درهم وابنه صغير فى عياله، جاز الشراء، ويصير الأب قابضًا لها بنفس الشراء إن كانت فى يده، والثمن دين عليه لا يبرأ إلا بالطريق الذى قلنا.

٢٠٧١٤- وإذا استأجر الأب للصغير أجيرًا بأكثر من أجر مثل عمل الآجر، بحيث لا يتغابن الناس فيه إلا أن الأب لم يعلم بذلك ذكر شيخ الإسلام فى "شرح السير": أن الإجارة ينفذ على الصغير إلا أن على الصغير أجر مثل عمله، والأب إذا آجر نفسه للصغير، أو استأجر الصغير لنفسه، فقد كتبنا هذه المسائل فى كتاب الإجارات متصلا بفصل الاستئجار للخدمة.

٢٠٧١٥- وإذا هلك الرجل، وترك أبًا، وأوصى بشىء كان للأب أن ينفذ وصاياه، ولو مات وعليه ديون كثيرة وله ورثة صغار، وترك متاعًا وعقارًا لم يكن للأب أن يبيع شيئًا من التركة، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى"، والفرق أن تنفيذ الوصية لحق الميت، والأب نائب عنه والبيع لحق الغرماء، وهو ما ليس بنائب عنهم، فرق بين الجد ووصى الأب، فإن وصى الأب يملك بيع التركة لقضاء الدين

وتنفيذ الوصايا، والجد لا يملك بيع التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا.

وينبغي أن يحفظ هذا من صاحب[1] الكتاب، فإن محمدًا رحمه الله لم يذكر هذا الفصل في "المبسوط" على هذا البيان، فإنه أقام الجد مقام الأب، فقال: إذا ترك وصيّا وأبًا، فالوصي أولى، فإن لم يكن فالأب أولى، فإن مات الأب وأوصى، فوصيه أولى، ثم وصي القاضي، والخصاف رحمه الله بيّن القاضي إذا باع مال الصغير، وسلمه إلى المشتري، ثم وجد المشتري بالمشترى عيبًا، فليس له أن يخاصم القاضي في الرد بالعيب؛ لأن القاضي بمنزلة الرسول عن الصغير؛ لأن بيعه خرج على وجه القضاء بالنظر للصغير، ولو صار خصمًا في هذا خرج بيعه من أن يكون قضاء، فإن من صار خصمًا في حادثة لا يصلح فيها شاهدًا، فأولى أن لا يصلح قاضيًا؛ لأن درجة القضاء فوق درجة الشهادة، وكذلك إذا باع بعض أمناء والقاضي مال الصغير لا سبيل للمشتري في الخصومة في الرد مع البائع؛ لأنه نائب عن القاضي، وحكم النائب حكم المنوب عنه.

٢٠٧١٦- إذا باع القاضي على صغير داره، فإذا هي لصغير آخر هو في ولايته لا يجوز، هكذا روى عن محمد رحمه الله في "المنتقى": القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه، أو باع مال نفسه من اليتيم، ذكر في "السير الكبير": أنه لا يجوز، وأشار إلى المعنى، وقال: لأن بيع القاضي مال الصغير يكون على وجه الحكم، وحكم القاضي لنفسه باطل، يوضح ما قلنا: إن القاضي إنما استفاد القضاء من جهة غيره، وما تم ذلك إلا به وبغيره، فكذا العقد الذي يعقده القاضي بولاية القضاء لا يتم إلا به وبغيره.

وذكر في "نوادر ابن رستم" في أول مسائل النكاح عن محمد رحمه الله: أن القاضي إذا زوج الصغيرة اليتيمة من ابنه لا يجوز، وكذلك لو زوجها ممن لا تقبل شهادته لا يجوز؛ لأن نكاح القاضي يكون على وجه الحكم، ولا يجوز حكمه لابنه، ولمن لا يقبل شهادته له.

قال الناطفي رحمه الله في "أجناسه" في مسائل البيوع: إن ما ذكر محمد رحمه الله في "السير": أن بيع القاضي مال الصغير من نفسه لا يجوز، فذلك قول محمد

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف "الخصاف".

رحمه الله، فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فينبغي أن يجوز. في "واقعات الناطفي": إذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصى اليتيم يجوز، وإن كان القاضي جعله وصيّا؛ لأن الوصى نائب عن الميت لا عن القاضي.

٢٠٧١٧- إذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي، وقبض المشترى المبيع، ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضي الأمين أن يضمن الثمن عن المشترى، فضمن، صح ضمانه، حتى كان للإمام أن يأخذه بذلك، فرق بين هذا وبين المأمور بالبيع من جهة المالك إذا كفل بالثمن عن المشترى حيث لا يصح، والفرق بينهما أن المأمور بالبيع من جهة المالك حقوق البيع[1] ترجع إليه بحكم البيع كأنه باع لنفسه، ألا ترى أنه لو مات الموكل كان له أن يقبض الثمن، وكذلك لو نهاه الموكل عن قبض الثمن حال حياته، لا يعمل نهيه، وكذلك تلزمه العهدة، فإن المبيع متى استحق من المشترى، وكان المشترى دفع الثمن للوكيل، وهلك عنده كان للمشترى أن يرجع على الوكيل بالثمن كأنه باع ملك نفسه، وكذلك لو وجد المشترى بالمبيع عيبًا ورده، وكان الوكيل قبض الثمن، وهلك عنده كان للمشترى أن يرجع على الوكيل بالثمن، وإذا كان حقوق العقد ترجع إلى الوكيل، والعهدة تلزم الوكيل لا تصح كفالته بالثمن عن المشترى؛ لأنه باعتباره أن الحقوق له والمطالبة بالثمن له لو صحت الكفالة، فيكون ضامنًا الثمن لنفسه عن نفسه، وباعتبار أن العهدة تلحقه لو صحت الكفالة، صار البائع ضامنًا الثمن، أما للموكل أو للمشترى: فإنه يضمن للموكل قبل ظهور الاستحقاق والرد بالعيب، وبعد ظهور الاستحقاق والرد بالعيب للمشترى، ولا يجوز أن يضمن الرجل الواحد مالا لأحد الرجلين؛ لأن المضمون له يكون مجهولا.

فأما المأمور ببيع مال الصغير من جهة القاضي لا يرجع إليه حقوق العقد بحكم العقد بدليل أن الإمام لو نهاه عن قبض الثمن صح نهيه، ولا تلزمه العهدة متى استحق المبيع من يد المشترى، أو رده المشترى بالعيب، وإذا كان لا يرجع إليه حقوق العقد، ولا يلزمه العهدة كان سفيرًا معتبرًا عن الإمام بمنزلة الرسول، والرسول في باب البيع إذا باع، وضمن الثمن عن المشترى المرسل، صح الضمان، حتى كان للمرسل أن يطالبه بذلك، وإن كان الرسول بالبيع وكيلا بقبض الثمن؛ لأنه ليس بقبض الثمن بحكم

---

(١) وفى م "حقوق العقد".

المالكية كأنه باعه لنفسه، وإنما يقبض بحكم النيابة عن المرسل حتى لو نهاه المرسل عن القبض صح نهيه، ولا تلزمه العهدة متى استحق المبيع من يد المشترى، أو رد عليه بالعيب، فمتى صحت الكفالة، لا يصير ضامنًا لنفسه عن نفسه باعتبار ماله من حق المطالبة، ولا يصير ضامنًا الثمن كاملا لرجلين للبائع والمستحق باعتبار العهدة؛ لأن العهدة لا تلزمه عند الاستحقاق والرد بالعيب، وكان كالأب إذا زوج ابنه الصغير امرأة، وضمن المهر عن الصغير للمرأة صح الضمان؛ لأنه لا ترجع الحقوق إليه، فكان بمنزلة الرسول فصح الضمان، والقاضى إذا باع مال اليتيم، وضمن الثمن عن المشترى لليتيم صح ضمانه، وكذلك الجواب فى أمين القاضى، إنه لا يرجع إليهما حقوق العقد، ولاتلزمهما العهدة، ولهذا لو عزل هذا القاضى البائع قبل قبض الثمن من المشترى، واستقضى آخر كان حق قبض الثمن للقاضى الثانى.

والأب إذا باع مال الصغير، وضمن الثمن عن المشترى للصغير، لا يصح ضمانه، ومدار الفرق على العهدة.

٢٠٧١٨- وإذا أراد القاضى نصب الوصى، ففى أى موضع ينصب قد ذكرنا هذا الفصل بتمامه فى "أدب القاضى"، وذكرنا ثمة أن القاضى إذا أراد نصب الوصى لصغير، هل يشترط حضرة الصغير أو لا يشترط؟ وإذا نصب القاضى وصيّا للصغير وخص له نوعًا من الأنواع يقتصر وصايته على ذلك النوع، والوصاية من قبل القاضى قابلة للتخصيص بخلاف الوصاية من جهة الأب.

٢٠٧١٩- وفى "الفتاوى": رجل مات من غير وصى، فقال القاضى لرجل: جعلتك وكيلا فى تركة فلان، فهو وكيله فى حفظ الأموال خاصة حتى يقول له: يبيع ويشترى، ولو قال له: جعلتك وصيّا، فهو وصى تام، قال الفقيه رحمه الله: وبه نأخذ، ألا ترى أن من قال لآخر: أنت وكيل فى مالى، فهو وكيله بالحفظ خاصة دون غيره، ولو قال: أنت وصى فى مالى، فهو وصية تامة بعد الموت، فكذا أمر القاضى فى ذلك.

٢٠٧٢٠- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا اشترى القاضى من

متاع[1] اليتيم لنفسه شيئًا ، فهو بمنزلة الوصى ، وإذا رفع إلى قاضٍ آخر نظر فيه ، فإن كان خيرًا لليتيم أجازه وإلا لم يجزه ، وأكره للقاضى شراءه .

٢٠٧٢١- القاضى إذا استأجر لليتيم أجيرًا بأكثر من أجر مثل عمل الأجير بحيث لا يتغابن الناس فيه ، ولم يعلم القاضى بذلك ، فللأجير أجر مثل عمله فى ماله ، فلو قال القاضى : تعمدت الجور تنفذ الإجارة على القاضى ، ويجب جميع الآجر فى مال القاضى .

(١) وفى م "من مال الميت" مكان "من متاع اليتيم" .

الفصل الثامن والعشرون
فى ثبوت الملك للوارث فى التركة وفى تصرف الوارث فى التركة وتناوله شيئًا من التركة قبل القسمة واتخاذ الطعام للمأتم وللذين على المريض[1] اجتمعوا

٢٠٧٢٢- الدين إذا كان مستغرقًا للتركة يمنع جريان الإرث فى التركة استحسانًا، وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله لقوله تعالى: ﴿مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أو دَينٍ﴾[2]، جعل أوان الإرث بعد الوصية والدين، وإن كان الدين قليلا غير مستغرق للتركة لا يمنع جريان الإرث فى التركة استحسانًا وهو قول أبى حنيفة رحمه الله آخرًا، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله.

وجه ذلك أنا لو جعلنا الدين القليل مانعًا جريان الإرث أدى إلى إضرار ظاهر بالورثة؛ لأن تركة ما لم يخلو عن قليل الدين، فيؤدى إلى أن لا يملك تركة ما بالإرث، وفى ذلك ضرر ظاهر بالورثة خصوصًا إذا كانوا صغارًا محاويج إلى المأكول والمشروب والملبوس، فقلنا: بجريان الإرث لهذه الضرورة، وبه فارق الدين المستغرق؛ لأن التركة تخلو عنه غالبًا، فلو جعلناه مانعًا لا يؤدى إلى إضرار ظاهر بالورثة، وأما دين العبد: هل يمنع جريان الإرث فى رقبة العبد؟ ذكر فى ظاهر الرواية أنه لا يمنع، وروى عن أبى يوسف رحمه الله: أنه يمنع وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله، وإليه أشار محمد رحمه الله فى الباب الآخر من إقرار "الجامع".

والوجه لظاهر الرواية أن دين الميت إنما عرف مانعًا جريان الإرث بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أو دَينٍ﴾، وإنه يتناول دينًا على الميت، ودين

(١) هكذا فى ظ، وكان فى م "وللدين اجتمعوا الدين إذا كان مستغرقا للتركة"، وفى ف "وللدين اجتمعوا على المريض الدين إذا كان مستغرقا للتركة"، وفى الأصل "والدين اجتمعوا عند المريض الدين إذا كان مستغرقًا".

(٢) سورة النساء: الآية١١.

العبد ليس دينًا على الميت، فيرد إلى ما يقتضيه القياس، والقياس يقتضى أن لا يمنع .

ووجه القياس أن الوارث يخلف المورث فى أملاكه، وقد كانت التركة مملوكة للمورث مع الشغل، فتصير مملوكة للوارث مع الشغل أيضًا، وذكر فى آخر دعوى "الجامع" فى باب الشهادة فى الميراث : أن استغراق التركة بدين الوارث إذا كان هو الوارث لا غير لا يمنع جريان الإرث فى التركة .

وأشار شيخ الإسلام رحمه الله فى كتاب المأذون إلى خلاف هذا، فإنه قال : إذا مات رجل، وترك ابنًا وعبدًا، وعلى الميت دين مستغرق، فأذن الابن لهذا العبد فى التجارة، لايصح الإذن؛ لأنه لا يملكه، وكذلك لو استقرض الابن، وأدى دين أبيه، ثم أذن لهذا العبد فى التجارة لا يصح الإذن؛ لأنه لا يملكه، إنما يملكه إذا أبرأ الغريم الميت عن الدين، وأدى الابن دين الميت من مال نفسه على سبيل التبرع، بأن نص على ذلك وقت الأداء، أما إذا أدى من مال نفسه مطلقًا مستوجب ذلك دينًا على الميت، فتصير التركة مشغولة بدين الوارث، فلايملك الوارث .

٢٠٧٢٣- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" : مديون مات، وأوصى إلى رجل، وغاب الموصى، فعمد بعض الورثة، وباع بعض تركته، وقضى دين الميت، وأنفذ وصاياه، فالبيع فاسد إلا أن يكون بأمر القاضى، وهذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، فإن لم تكن مستغرقة، فنفذ تصرف الوارث فى حصته إلا أن يكون المبيع بيتًا معينًا من الدار، أو ما أشبه ذلك .

٢٠٧٢٤- وفيه أيضًا : وارث كبير باع شيئًا من التركة وعليه دين ووصايا، فأراد الوصى أن يرد بيعه، إن كان فى يدى الوصى شىء غير ذلك يستطيع أن يبيعه، وينفذ منه الوصايا، ويقضى الدين لا يرد البيع .

٢٠٧٢٥- إذا مات الرجل، وترك ورثة صغارًا وكبارًا، يسع للكبار أن يأكلوا، وإن أطعموا أحدًا، أو أهدوا إليه يسعه أن يأكله، وإن كان على الميت دين، وترك مالا كثيرًا يسع للوارث أن يأكل، وأن يطأ الجارية إذا كان فى غيره وفاء بالدين، ولا وارث سواه، قال ابن الوليد : ما رأيت أحدًا امتنع عن ذلك .

قال عيسى ابن أبان : للوارث الكبير أن يأكل بقدر نصيبه مما يكال أو يوزن،

ويسكن الدار، وإن كان له غنم لا يسعه أن يذبح شاة منها ويأكل، كذا قال أبو سليمان الجوزجاني رحمه الله.

٢٠٧٢٦- وفى دعوى "فتاوى الفضلى": إذا مات الرجل عن أخ وامرأة وأم، فللمرأة أن تتناول قدر الثمن مما يكال أو يوزن لا مما سواه؛ لأن التركة مشتركة، ولأحد الشريكين فى المكيل والموزون أن يأكل بالحاجة.

٢٠٧٢٧- وفى مواريث "فتاوى أبى الليث رحمه الله" عن أبى يوسف رحمه الله: من مات، وترك طعامًا ودقيقًا وسمنًا، فهو ميراث كله، ولو كانت الورثة صغارًا، وفيهم امرأة استحسنت أن يأكلوا ذلك بينهم، ومن كان منهم كبيرًا أخذ حصته.

٢٠٧٢٨- ورثة صغار وكبار، وفى التركة دين وعقار توى بعض المال، وأنفق الكبار البعض على أنفسهم وعلى الصغار فما توى، فهو على كلهم، وما أنفق الكبار ضمنوا حصة الصغار إن كانوا أنفقوا بغير أمر القاضى أو الوصى، وما أنفقوه عليهم بأمر القاضى، أو الوصى حسب لهم إلى نفقة مثلهم.

٢٠٧٢٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل مات، وترك ابنين صغيرًا وكبيرًا، وترك ألف درهم، فأنفق الكبير على الصغير خمسمائة من الألف نفقة مثله، وهو ليس بوصى قال: هو متطوع فى ذلك، ولو كان الميت، ترك طعامًا أو ثوبًا، فأطعمه الكبير الصغير، أو ألبسه الثوب، فلبسه الصغير، استحسنت أن لا يكون على الكبير ضمان فى ذلك.

٢٠٧٣٠- وفى "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله: لأحد الورثة أن ينفذ الوصايا إلا أن قسمته لاتجوز، فإذا عزل الدراهم يتصدق بها أجزته، ولا أجيز فى العروض أن يتصدق بثلثها غير مقسوم.

٢٠٧٣١- وفى آخر "الجامع الكبير": رجل مات وفى يده ودائع لقوم شتى، وترك أموالا، وعليه دين يحيط بماله، وترك ورثة، فقبض بعض الورثة المال والودائع بغير أمر بقية الورثة وبغيره أمر الوصى، فهلك فى يده، فلا ضمان عليه، وهذا استحسان، والقياس أن يضمن بناء على أن أحد الورثة لا ينفرد بقضاء الدين من المال العين الذى كان فى منزل الميت، ورد الودائع التى تكون فى منزل الميت قياسًا، وفى

الاستحسان : ينفرد به ، وإن لم يكن له على الميت دين ، فقبض بعض الورثة تركة الميت ، فضاع فى يده ضمن حصة باقى الورثة إذا كانت التركة فى موضع لا يخاف عليها ، بخلاف ما إذا كان على الميت دين يحيط بماله ، وهى المسألة الأولى .

والفرق أنه إذا كان على الميت دين يحيط بماله ، فذلك يمنع وقوع الملك للوارث فى التركة ، فلا يكون قبض الوارث قبض تملك لنفسه ، بل يكون على وجه الحفظ للميت ، وأحد الورثة يملك الحفظ على الميت كالوصى ، فأما إذا لم يكن على الميت دين ، فقد صارت التركة ملكًا للوارث ، فيكون قبض الوارث حاصلا على سبيل التملك ، ولا سبيل له على شركاءه ليحفظ لهم ، فيصير غاصبًا أنصباءهم متعديًا فى حقهم فيضمن .

وأما إذا كانت التركة فى موضع يخاف عليها الضيعة ، ولا دين على الميت ، فالقياس أن يضمن حصة باقى الورثة ، وفى الاستحسان : لا يضمن ؛ لأن بقية الورثة آذنون له بالقبض فى هذه الحالة دلالة صيانة لأموالهم ، فلا يضمن بالقبض كما لو أذنوا له بذلك صريحًا .

ولو كان مال الميت وما عند الميت من ودائع الناس كلها وديعة عند رجل ، أودعها الميت حال حياته عند رجل ، وعلى الميت دين يحيط بماله ، أو لادين عليه ، فدفع المودع ذلك إلى بعض الورثة بغير قضاء ، فهلك فى يده ، فالمودع ضامن ، والوارث أيضًا ضامن .

٢٠٧٣٢- فرق بين هذا وبينما إذا كانت الأموال فى منزل الميت وأخذها بعض الورثة ؛ ليقضى بها الدين أو أخذ الودائع من منزله ؛ ليردها على أصحابها حيث لا يضمن استحسانًا ، والأجنبى ضامن بكل حال إلا إذا كان مالا يلقى على قوارع الطريق ، فقبضه حينئذٍ لا يضمن ، والفرق بينهما أن المال الذى فى منزل الميت محفوظ من وجه من حيث إن المنزل حرز لما فيه ، ولهذا لو سرقه سارق قطعت يده ، وضائع من وجه من حيث إنه ليس عليه يد حافظة ، فإنه كان محفوظا بيد الميت وقد زالت ، ولو كان ضائعًا عن كل وجه بأن كان ملقى على قوارع الطريق ، كان للوارث والأجنبى قبضه ؛ ليحفظ على الميت ، فإذا كان ضائعًا من وجه ، فمن حيث إنه محفوظ لم يثبت للأجنبى حق القبض ، ومن حيث إنه ضائع أثبتنا لبعض الورثة حق القبض عملا بالدليلين بقدر

الإمكان، وكان العمل من هذا الوجه أولى من العمل على العكس؛ لأنا لو علمنا بشبه كونه ضائعًا فى حق الأجنبى، وأثبتنا له حق القبض، وإنه أبعد من هذا المال، يلزمنا العمل بهذا الشبه فى حق الوارث، وإنه أقرب إلى هذا المال من طريق الأولى، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين، فعملنا على الوجه الذى قلنا؛ ليمكننا العمل بالشبهين، فأما الذى فى يد المودع محفوظ من كل وجه، فلم يكن للوارث ولا للأجنبى حق القبض، فيصير الوارث بالقبض ضامنًا.

وكذلك لو كان مكان المودع غاصب غصب هذه الأموال من المورث كان الجواب كما قلنا؛ لأن المال محفوظ من كل وجه بيد الغاصب، فإنه يبالغ فى الحفظ فوق ما يبالغ المودع حتى يبرأ عن الضمان، فلم يكن للوارث حق الأخذ، وإن رفعوا الأمر إلى القاضى، وتصادقوا على ما وصفنا أمر القاضى الغاصب بدفع ما فى يديه إلى الوارث إن كان الوارث أهلا لذلك، وإلا يضعه على يدى عدل؛ لأن القاضى مأمور بالنظر لأصحاب الديون والودائع، وذلك فيما قلنا؛ إذ لا يمكن ترك هذا المال فى يد الغاصب؛ لأنه قد ظهر منه الخيانة فى هذا المال، فلا يترك فى يده، فتعين النظر ما قلنا، وإن كان ذو اليد قد أودعه الميت المال الذى فى يديه فى حياته، تركه القاضى فى يديه إن كان أهلا له، وإلا دفعه إلى الوارث إن كان أهلا، وإلا وضعه على يدى عدل، والحاصل أن القاضى مأمور بالنظر فى مال الميت، فيفعل ما كان أنفع فى حق الميت.

٢٠٧٣٣- وإذا كان على الميت دين، وللميت على رجل دين، وليس للميت وصى، فأراد الوارث أن يقبض الدين الذى للميت، فإن كان الوارث موثوقًا به، فله الخصومة والقبض، وإن لم يكن موثوقًا به، فله الخصومة والتقاضى، وليس له القبض، وإنما القبض لغرماء الميت أو للقاضى أو لنائبه.

٢٠٧٣٤- ذكر شيخ الإسلام فى "شرح المأذون الكبير"، وفى كتاب الدعوى من "فتاوى أبى الليث رحمه الله": صاحب فراش اجتمعت عنده قرابته يأكلون ماله، فادعى بعض الورثة عليهم ضمان ما أكلوه، قال أبو القاسم رحمه الله: إن أكلوه بإذنه، فمن كان منهم وارثًا ضمن ما أكل، ومن لم يكن وارثًا حسب ما أكل من ثلثه، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن كان المريض يحتاج إلى تعاهدهم فى مرضه، فأكلوا معه ومع عياله

بغير إسراف لا يجب الضمان استحسانًا فى الوارث وغيره.

٢٠٧٣٥- فى الفتاوى سئل الفقيه أبو جعفر: عمن أوصى أن يتخذ للناس طعام بعد وفاته، ويطعم الذين يحضرون للتعزية قال: يجوز من الثلث للذين يطول مقامهم عنده والذى يجىء من مكان بعيد، الأغنياء والفقراء فى ذلك على السواء، ولا يجوز للذى لا يطول مسافته ولا مقامه، فإن فضل من الطعام شىء كثير يضمن الوصى، وإن كان قليلا لا يضمن، وقيل: إذا عين الناس الذين يطعمون صحت الوصية، وتفسير طول المكث والمسافة أن لا يبيتوا فى منازلهم، وسئل أبو بكر رحمه الله عمن أوصى بأن يتخذ طعام بعد موته ليطعم الناس ثلاثة أيام قال: الوصية باطلة. وسئل أبو القاسم عن حمل الطعام عند أهل المصيبة والأكل عندهم قال: حمل ذلك فى الابتداء غير مكروه لشغلهم بجهاز ميتهم من اتخاذ ما يقوتهم، والحمل فى اليوم الثالث إذا اجتمع النوائح مكروه؛ لأنه إعانة على الإثم.

الفصل التاسع والعشرون
فى الوصية بالكفن والدفن وقراءة القرآن على القبر
وما يتصل بذلك، فيه الوصية بدفن الكتب

٢٠٧٣٦- فى "واقعات الناطفى": إذا أوصى بأن يكفن بألف دينار أو بعشرة آلاف درهم، إنه يكفن بكفن وسط ليس فيه سرف ولا تقتير، وقال فى موضع آخر: يكفن بكفن المثل وهو أن ينظر إلى ثيابه حال حياته لخروجه إلى الجمعة والعيدين والوليمة، قيل للفقيه أبى بكر البلخى رحمه الله: لم اعتبرت ثياب الجمعة والوليمة، ولم تعتبر ثياب البذلة كما قال الصديق رضى الله عنه: "الحى أحوج إلى الجديد من الميت"، قال: كان ذلك فى زمان، لم يكن لهم سعة وعليه دل لفظ الصديق.

٢٠٧٣٧- وفى "النوازل": سئل أبو القاسم رحمه الله صاحبة فراش أوصت أمها أن تكفنها بمقدار ستين، فكفنتها بما يساوى ثلاثة مائة درهم قال: إن لم تفعل ذلك بإذن جميع الورثة وهم كبار، ضمنتها جملة الثياب إن كانت الكل رفيعة ولا تحسب عنها شيء، وإن كان البعض رفيعة دون البعض فما كان من كفن المثل لم تضمن، وماراء ذلك ضمنت

وسئل أيضًا: فيمن أوصى أن يكفن له من ثمن كذا فلم يفعل الوصى من ذلك قال: لا ضمان عليه، وإن وجد له مشتريا وذلك الشيء للورثة.

٢٠٧٣٨- وسئل أبو بكر رحمه الله عن امرأة أوصت إلى زوجها وأمرته أن يكفنها من مهرها الذى لها عليه قال: أمرها ونهيها فى باب الكفن باطل، ولو لم يكن لها مال، فكفنها فى بيت المال دون الزوج بلا خلاف بين علماءنا رحمهم الله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله، وروى خلف عن أبى يوسف رحمه الله أن الكفن على الزوج كالكسوة، وعن محمد رحمه الله: أنه لا يجب، قال: وبقول أبى يوسف رحمه الله: نأخذ.

قال الفقيه أبو بكر رحمه الله فيمن أوصى أن يكفن فى ثوب كذا : إن هذه الوصية باطلة .

٢٠٧٣٩- وقال إبراهيم بن يوسف رحمه الله : فيمن مات ، ولم يترك شيئًا قال : إن ترك ثوبًا واحدًا ، يكفن فيه ، ولا يسأل ، وإن لم يكن يسأل قدر ثوب ، ويكفن فيه ، ولا يسأل بالزيادة رجلا كان أو امرأة قال الفقيه : هذا قول إبراهيم ، وقال ابن سلمة وغيره : يكفن فى ثلاثة أثواب ، وكلا القولين حسن .

ولو أوصى بأن يكفن فى ثوب كذا ، ويدفن فى موضع كذا ، فالوصية فى تعيين الكفن وموضع الدفن باطلة .

٢٠٧٤٠- ولو أوصى بأن يدفن فى داره فوصيته باطلة ؛ لأنه ليس فى وصيته منفعة له ، ولا لأحد من المسلمين ، فإن دفن فيها ، فهو كدفنهم بغير وصية ، فيرفع إلى القاضى ، فإن رأى أن يأمره برفعه ، فعل .

٢٠٧٤١- وإن أوصى بأن يدفن فلان فى داره ، فهو باطل إلا أن يوصى أن يجعل داره مقبرة للمسلمين ، ولو أوصى بأن يصلى عليه فلان فقد ذكر فى "العيون" : أن الوصية باطلة ، وفى "نوادر ابن رستم رحمه الله" : أنها جائزة ، ويؤمر بأن يصلى عليه ، والفتوى على ما ذكر فى "العيون" .

٢٠٧٤٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله : إذا أوصى بثلث ماله فى إكفان موتى المسلمين ، أو فى حفر مقابر المسلمين ، أو فى سقاية المسلمين قال : هذا باطل ، ولو أوصى بثلثه فى إكفان فقراء المسلمين أو فى حفر مقابرهم ، فهذا جائز ، والوصية إذا وقعت للفقراء لا يشترط فيها العينية بخلاف ما إذا وهب مطلقة .

٢٠٧٤٣- إذا أوصى أن يدفن فى مسيح اشتراه ، ويغل يده ، ويقيد رجله ، فهذه وصية بما ليس بمشروع فبطلت ، ويكفن كفن مثله ، ويدفن كما يدفن سائر المسلمين .

٢٠٧٤٤- إذا دفن الميت فى قبر فيه ميت آخر قال : إذا بلى الأول حتى لم يبقَ منه شىء من العظام وغيره ، فإنه يجوز ، وإن بقى فيه العظام ، فإنه يهال عليه التراب ، ولا يحرك العظام ، ويدفن الثانى بجنب الأول إن شاؤوا ويجعل بينهما حاجز من الصعيد .

٢٠٧٤٥- ولو أوصى بأن يحمل بعد موته إلى موضع كذا، ويدفن هناك، ويبنى هناك رباط من ثلث ماله، فمات، ولم يحمل إلى هناك، قال أبو بكر: وصيته بالرباط جائزة، ووصيته بالحمل باطلة، ولو حمله الوصى يضمن ما أنفق فى حمله، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله يعنى إذا حمل بغير إذن الورثة، ولو حمل بإذنهم وهم كبار، فلا ضمان.

٢٠٧٤٦- إذا أوصى بأن يطين قبره، أو توضع على قبره قبة، فالوصية باطلة إلا أن يكون فى موضع يحتاج إلى التطيين لخوف سبع أو نحوه.

٢٠٧٤٧- سئل أبو القاسم عن من دفع إلى ابنته خمسين درهما فى مرضه، وقال: إن مت أنا فاعمرى قبر ابنتى وحافدتى وخمسة دراهم لك واشترى بالباقى حنطة وتصدق بها، قال: الخمسة لها لا يجوز وإن احتاج القبور إلى العمارة للتحصين لا للزينة، فعلت ذلك بقدر الحاجة وتصدقت بالباقى، وإن أوصاها بعمارة للتزيين، فهذه الوصية باطلة.

٢٠٧٤٨- إذا أوصى أن يدفع إلى إنسان كذا من ماله كذا ليقرأ القرآن على قبره، فهذه الوصية باطلة، وقيل: إذا كان القارئ معينًا ينبغى أن يجوز الوصية له على وجه الصلة دون الأجر، وقيل: لا يجوز، وإن كان القارئ معينًا، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله[1]، وكان يقول: لا معنى لهذه الوصية ولصلة القارئ بقراءته؛ لأن هذا بمنزلة الأجرة، والإجارة فى ذلك باطلة، وهى بدعة، ولم يفعلها أحد من الخلفاء رضوان الله عليهم أجمعين، وقد ذكرنا مسألة قراءة القرآن على القبور فى كتاب الاستحسان.

٢٠٧٤٩- وسئل أبو نصر عن شىء ملقى فى القبر بجنب الميت مثل المضربة ونحوها، قال: لابأس به، وهو بمنزلة الزيادة فى الكفن، وقيل: إذا كان محشوًا لا يلقى تحته، والمحشو ليس من جنس الكفن، فقد ذكر محمد رحمه الله: ونزع[2] عن الشهيد السلاح والفرو والحشو، ولو كان من جنس الكفن لما أمر بنزعه.

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف "وهكذا قال أبو نصر" مكان "وهو قول أبى حنيفة رحمه الله".

(٢) وفى الأصل وم "وينزع".

٢٠٧٥٠- وسئل أبو القاسم رحمه الله عن من أوصى أن يحفر عشرة أقبر قال : إن عين مقبرة ليدفن فيها الموتى، فالوصية جائزة؛ لأن ذلك على عمارة المقبرة، وإنها قربة، وقيل : إن كانت الوصية بالحفر لدفن أبناء السبيل أو الفقراء من غير أن يبين موضعًا، فالوصية باطلة .

وفي "الواقعات" عن محمد رحمه الله : إذا أوصى بأن يحفر مائة قبر استحسن ذلك في محلته، ويكون على الصغير والكبير، وبعض مشايخ زماننا اختاروا الفتوى أنه إذا لم يعين المقبرة لا يجوز .

٢٠٧٥١- وإذا أوصى أن يدفن كتبه، لم يجز أن يدفن إلا أن يكون فيها شيء لا يفهمه أحد، أو يكون فيه فساد، فينبغي أن تدفن، والكتب التي فيها الرسائل، وفيها اسم الله تعالى، ويستغني عنها صاحبها، ويحب أن لا يقرأها، فأحب الأمور إلينا أن يمحو ما كان فيه من اسم الله تعالى، ثم يحرقها، أو يلقيها في الماء الجاري، وإن لم يمح الأسامي وحروفها، وألقاها في الماء الجاري الكثير، فلا بأس به، وإن لم يفعل ذلك، ودفعها في أرض ظاهرة لا ينالها قذر كان حسنًا، ولا أحب أن يحرقها بالنار حتى يمحو ما كان من أسماء الله تعالى وأسماء رسله وملائكته، وقد ذكرنا شيئًا من هذه المسائل مع مسألة دفن المصحف في كتاب الاستحسان .

الفصل الثلاثون
فى الوصية بالدين والعين والثياب والمتاع والسلاح والذهب والفضة والحديد، وما أشبه ذلك

٢٠٧٥٢- ذكر فى "فتاوى الفضلى": أن من أوصى بدين له على رجل أن يصرف إلى وجوه البر تعلقت الوصية بالدين، فإن وهب بعض الدين لمديونه بعد ذلك، تبطل الوصية بقدر ما وهب، كأنه رجع عن وصيته بذلك القدر.

قال البقالى رحمه الله: وتدخل الحنطة فى الدين، قال: وهو ويدخل فى الوصية بالعين الدراهم والدنانير ولا يدخل التبر.

٢٠٧٥٣- وفى "العيون": إذا أوصى لرجل بثياب جسده، فله ما يلبس من الجباب والقمص والأردية والطيالسة والسرويلات والأكسية، ولا يكون له شىء من القلانس والخفاف والجوارب.

٢٠٧٥٤- وفى "فتاوى الفضلى": إذا قالت بالفارسية: جامه تن من بفرد شند وبها بدرويشان دهند، فهذا فى عرفنا يقع على ثياب بدنها إلا الخف، فإنه يبعد أن يراد بهذا اللفظ فى عرفنا الخف، ويدخل فى الوصية بالثوب الديباج وغيره مما يلبس عادة من كساء أو فرو، هكذا ذكر فى "السير"، ولا يدخل فيها المسيح والبساط والستر وكذلك العمامة والقلنسوة لا تدخل، ذكره فى "السير" أيضًا، وقيل: إذا كانت العمامة طويلة يجىء منها ثوب كامل يدخل تحت الوصية.

٢٠٧٥٥- وفى "فتاوى سمرقند": إذا أوصى بمتاع بدنه، يدخل تحت الوصية القلنسوة والخف واللحاف والدثار والفراش؛ لأنه يصون بهذه الأشياء بدنه عن الحر والبرد والأذى.

وفى "السير": أن اسم المتاع فى العادة يقع على ما يلبسه الناس ويبسطونه، فعلى هذا يدخل فى الوصية بالمتاع الثياب والقميص والفرش والبسط والسنور، وهل يدخل

فيها الأواني؟ فقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله، وأشار محمد رحمه الله في "السير" إلى أنه يدخل.

٢٠٧٥٦- إذا أوصى لرجل بفرش بسلاحه سئل أبو يوسف رحمه الله: أهو على سلاح الرجل، أو على سلاح الفرش؟ قال: على الرجل، قال البقالي في "فتاواه": وأدنى ما يكون من السلاح سيف ورمح وترس أو قوس.

٢٠٧٥٧- لو أوصى له بذهب أو فضة وللموصى سيف محلى بذهب أو فضة كانت الحلية له؛ لأن الحلية ذهب وفضة على الحقيقة، ألا ترى أن حكم الصرف يثبت في حصة الحلية في البيع والسيف للورثة؛ لأنه لم يدخل تحت الوصية، فبعد هذه المسألة على وجهين: إن لم يكن في نزع الحلية ضرر فاحش، تنزع الحلية من السيف، وأعطى الموصى له، وإن كان في نزعها ضرر فاحش، ينظر إلى قيمة الحلية، وإلى قيمة السيف، فإن كان قيمة السيف أكثر، يخير الورثة، إن شاؤوا، أعطوا الموصى له قيمة الحلية مصنوعًا من خلاف جنسها، وصار السيف مع الحلية لهم، وإن كانت قيمة الحلية أكثر يخير الموصى له إن شاء أعطى قيمة السيف وأخذ السيف، وإن شاء ترك، وإن كانت قيمتهما على السواء كان الخيار للورثة.

٢٠٧٥٨- ولو أوصى لرجل بفرو، وللموصى جبة أو قباء حشوه فرو، لا شيء له؛ لأن الحشو مغيب في الجبة غير طاهر، وما كان مغيبًا لا يرى، ولا يشاهد، فهو بمعنى المستهلك، ألا ترى أنه جعل بمعنى المستهلك في حق جواز الصلاة، وفي حق إباحة اللبس حتى جاز للرجل جبة أو قباء حشوه فرو، وجازت الصلاة فيه، فكذا في حق الوصية.

٢٠٧٥٩- ولو أوصى لرجل بثوب قزّ، وللموصى جبة بطانتها ثوب قزّ، وظهارتها ثوب قزّ، كان للموصى له الثوب القزّ، والآخر للورثة.

٢٠٧٦٠- ولو أوصى له بجبة حرير، وله جبة بطانتها وظاهرها حرير، دخلت تحت الوصية، وإن كانت الظهارة حرير والبطانة غير حرير، فكذلك الجواب، وإن كانت البطانة حريرًا، فلا شيء له؛ لأن الجبة تنسب إلى الظهارة فهي الأصل في إطلاق اسم الجبة، والبطانة كالتابع له.

٢٠٧٦١- ولو أوصى له بحلى يدخل تحت الوصية كل ما ينطلق عليه اسم الحلى، سواء كان مفصّصًا بزمرد أو ياقوت أو لم يكن، ويكون جميع ذلك للموصى له.

٢٠٧٦٢- ولو أوصى له بذهب وله ثوب ديباج منسوج من ذهب، فإن كان الذهب تسدى الثوب مثل العزل، فليس له منه شيء؛ لأن السدى فى حكم المستهلك لغلبة اللحمة عليه، وإن كان الذهب فيه شيئًا يرى كان ذلك للموصى له وما وراء ذلك للورثة، فيباع الثوب، ويقسم الثمن على قيمة الذهب وما سواه، فما أصاب الذهب، فهو للموصى له، وهذا لأن الذهب إذا كان يرى، فهو غير مستهلك، بل هو مركب عليه كالحلية فى السيف، فيدخل تحت الوصية.

٢٠٧٦٣- ولو أوصى له بحلى دخل تحتها الخاتم من الذهب، وهل يدخل تحتها الخاتم من الفضة؟ فإن كان من الخواتيم التى يستعملها النساء دون الرجال دخل، وإن كان من الخواتيم التى يستعملها الرجال دون النساء لا يدخل، والحاصل أن اسم الحلى فى عرف الاستعمال إنما يطلق على ما يلبسه النساء للتحلى دون ما يلبسه الرجال، وهل يدخل فيها اللؤلؤ والياقوت والزبرجد؟ فإن كان مركبًا فى شيء من الذهب أو الفضة يدخل بالاتفاق، وإن لم يكن مركبًا، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يدخل؛ لأنه ليس بحلى، وعلى قولهما: يدخل؛ لأنه حلى، أصل المسألة إذا حلفت المرأة لا تلبس حليا فلبست عقد لؤلؤ لا يخالطه ذهب ولا فضة، لا تحنث فى يمينها عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما يحنث، ولو لبست عقد لؤلؤ مركب من ذهب أو فضة، يحنث فى يمينه بالإجماع.

٢٠٧٦٤- ولو أوصى له بحديد وله سرج ركاباه من حديد ينزع الركابان، ويعطيان الموصى له، والباقى يكون للورثة.

٢٠٧٦٥- وفى "المنتقى": إذا أعتق عبدًا له وقال: كسوته له فله خفاه وقلنسوته وقميصه وسراويله وإزاره، ولا تدخل منطقته ولا سيفه، وإن قال: له متاعه، دخل السيف والمنطقة أيضًا، وهو وصية عبد الله بن المبارك رحمه الله.

الفصل الحادى والثلاثون
فى الإيصاء

هذا الفصل يشتمل على اثنين وعشرين نوعًا : الأول : فى قبول الوصايا وردها :

٢٠٧٦٦- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" : فى الرجل يوصى إلى رجل، فقبل فى حياة الموصى، فالوصاية لازمة له حتى لو أراد الخروج منها بعد موت الموصى ليس له ذلك، وإن رده فى حياته، إن رده فى وجهه، صح الرد، وإن رده فى غير وجهه، لا يصح الرد، ومعنى قوله : فى وجهه لعلمه ، وفى غير وجهه بغير علمه، والوجه فى ذلك أن الإيصاء شرع نظرًا للميت، وحقًا للموصى على الوصى ليتصرف فى أمواله، ويسعى فى أسبابه بعد وفاته، فيتدارك الوصى بعد وفاته ما فات عليه فى حياته، فإذا قبل ذلك بمحضر منه فالموصى يتعمد على قبوله، فلا يوصى إلى غيره، فلو صح رده بعد ذلك، أدى إلى إبطال حق الميت، وإلى الإضرار به وذلك لا يجوز.

وكذلك لو رده فى حال حياته فى غير وجهه لا يصح الرد، ؛ لأن الموصى إذا لم يعلم برده يحسب أن له وصيًا يتدارك ما فات عليه فى حياته، فلا يوصى إلى غيره، فلو صح الرد، يتضرر به الميت بخلاف ما إذا رده فى وجهه؛ لأنه إذا رده بعلمه يمكنه أن يوصى إلى غيره، وأن يدفع الضرر عن نفسه، وهو متبرع فى قبوله، فيصح رده.

قال الخصاف رحمه الله فى كتابه : رد الوصاية حال حياته الموصى من غير علمه، ثم مات الموصى، ثم قبل الوصى الوصاية، صح قبوله؛ لأن ذلك الرد لم يصح، فصار وجوده والعدم بمنزلة، قال : إلا أن يكون القاضى أخرجه من الوصاية بذلك الرد فحينئذٍ يخرج عن الوصاية، ولا يصح قبوله بعد ذلك.

واختلف المشايخ رحمهم الله فى تخريج هذا الحكم : بعضهم قالوا : لأن على قول بعض العلماء : يصح رد الوصى من غير علم الموصى، فمتى أخرجه القاضى من الوصاية بذلك الرد، فقد قضى فى فصل مجتهد فيه فينفذ، وإليه مال شمس الأئمة

السرخسى رحمه الله، وبعضهم قالوا: لا حاجة إلى هذا التكليف؛ لأن الوصاية لو صحت بقبوله، لكان للقاضى أن يخرجه من الوصاية، ويصح الإخراج، فههنا أولى، وإليه مال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله.

ثم فرق بين هذه المسألة وبينما إذا أوصى بثلث ماله لرجل أو بمال معين، فقبل الموصى له الوصاية منه حال حياة الموصى، لا يصح قبوله حتى لو رده بعد وفاته، صح الرد، وقد قال: بأن الموصى له لو قبل الوصية فى حال حياة الموصى، ثم رده بعد وفاته لا يصح رده كما أن الوصاية فى المال مضافة إلى ما بعد الموت، ولأجله اعتبر الرد والقبول بعد الموت لا فى حالة الحياة، فالإيصاء مضاف إلى ما بعد الموت، فيجب أن يعتبر الرد والقبول بعد الوفاة لا فى حالة الحياة.

ووجه الفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أن يقال بأن القياس أن لا يصح قبول الوصى حال حياة الموصى كما لم يصح قبول الموصى له الوصية حال حياة الموصى إلا أنا تركنا القياس، وجوزنا قبوله حال حياة الموصى نظرًا للموصى، ودفعًا للضرر عنه على ما ذكرنا، وهذا المعنى لا يتأتى فى باب المال؛ لأن أكثر ما فى الباب أن الميت يعتمد على قبوله، ولا يوصى بثلث ماله لغيره إلا أنه لا ضرر للميت فى ذلك؛ لأنه ترك الثلث لورثته، والإنسان كما يثاب إذا جعل ثلث ماله لغيره يثاب إذا ترك الثلث على ورثته، فلا ضرر على الميت متى جاز رده بعد وفاته بعد ما قبل الوصية منه حال حياته، إنما الضرر على الموصى له فصح رده.

والثانى: وهو أن الإيصاء توكيل مضاف إلى وقت مستقبل وهو ما بعد الموت، وإضافة الوكالات إلى وقت فى المستقبل جائزة على موافقة القياس، ألا ترى أن التوكيل المضاف فى حال الحياة إلى وقت مستقبل جائز، فإنه إذا قال لغيره: وكلتك ببيع عبدى غدًا ورأس الشهر جاز قياسًا واستحسانًا. والوصية بالمال تمليك مضاف إلى وقت فى المستقبل وهو بعد الموت، وتمليك المال مضافًا إلى وقت فى المستقبل مما يأبى القياس، فإنه لو قال: ملكتك هذا الشىء غدًا أو رأس الشهر، لا يجوز.

وإذا كان التوكيل المضاف إلى وقت فى المستقبل جائزة فى حالة الحياة قياسًا واستحسانًا، صح الإيصاء للحال مضافًا إلى ما بعد الموت، وإذا صح الإيصاء للحال

مضافًا إلى ما بعد الموت، صح القبول، فأما تمليك المال مضافًا إلى وقت في المستقبل باطل، فيعتبر باطلا للحال، وإذا اعتبر باطلا للحال صار وجوده وعدمه بمنزلة، فلم يصح القبول للحال.

وكذلك إذا قبلها بعد موته لا يكون له أن يخرج نفسه عن الوصاية بعد ذلك؛ لأنه لو قبل في حالة الحياة، ثم أراد إخراج نفسه عن الوصاية لم يعتبر؛ لأنه وكيل يخرج نفسه عن الوكالة بغير محضر من موكله، فإذا قبل بعد الوفاة أولى أن لا يملك إخراج نفسه عن الوصاية بغير محضر من الموصى، فإن لم يقبلها حال حياته حتى مات الموصى، فالوصى بالخيار إن شاء رده، وإن شاء قبل؛ لأن الإيصاء توكيل بعد الوفاة، فيعتبر بالتوكيل حال الحياة، ومن وكل وكيلا حال حياته فما لم يوجد من الوكيل قبول إما دلالة أو نصّا كان بالخيار إن شاء رد، وإن شاء قبل، فكذا هذا.

فإن قيل: كان يجب أن لا يكون له الخيار؛ لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يرده حال حياة الموصى، يترك الميت الإيصاء إلى غيره اعتمادًا على أنه يقبله، فإذا رد بعد وفاته، يصير الميت مغرورًا من جهته.

قلنا: الميت هنا مغترّ، وليس بمغرور، وكان من حقه أن يسأل منه أنه يقبله أو لا يقبله، وإذا لم يفعل ذلك، وبنى الأمر على أنه يقبله بعد موته، ولم يوص إلى غيره، وقد يقبله، وقد لا يقبله حصل مغترّا من جهته، لا مغرورًا من جهة الوصى، بخلاف ما إذا قبل؛ لأنه لما قبل في حياته، ترك الميت الإيصاء إلى غيره اعتمادًا على قبوله، فلو ملك الرد بعد وفاته، يصير الميت مغرورًا من جهته والغرور منفى.

قال محمد رحمه الله: ولو لم يقبل حتى مات الموصى، فباع الوصى شيئًا من تركته بعد وفاته، لزمته الوصية، علم به الوصى أو لم يعلم، أما إذا علم فظاهر؛ لأن الإقدام على البيع دلالة على القبول، وكذلك لو لم يعلم؛ لأن الإيصاء استخلاف للحال والتصرف من ثمراته، وذلك لأن ولاية الموصى تنقطع بالموت، ولا يصح إضافة الإيجاب إلى حال انقطاع الولاية، كمن أضاف إعتاق العبد إلى انقطاع ملكه، أو انقطاع ولايته، وإذا كان استخلافًا، صح بغير علم كالإرث، فلذلك صح البيع، وإذا صح البيع، صار لازمًا حكمًا لنفاذ البيع، فلا يملك رده.

فرق بين هذا وبين الوكالة، فإن من وكل إنسانًا، فباع الوكيل، ولم يعلم بذلك، لم يصح البيع، وقد ذكرنا الفرق فى كتاب القضاء والوكالة من هذا الباب.

٢٠٧٦٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: فيمن أوصى إلى غيره والموصى إليه حاضر، فقال: لا أقبل، ثم قال: قبلت وسكت الموصى حتى مات، قال: ليس هذا بوصى، وإن كان حين قال: لا أقبل، قال له الموصى: ما كان هذا ظنى بك إلى من أوصى؟ إذا لم تقبل أنت قال: قبلت فهذا وصى، وإذا أوصى إليه وهو غائب، فقال: لا أقبل، ثم قال: قبلت، ثم مات الموصى، فليس بوصى.

النوع الثانى
فى تصرفات الوصى فى مال اليتيم مع الأجانب:

٢٠٧٦٨- الوصى إذا باع التركة فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يكون الورثة كلهم صغارًا أو كبارًا أو صغار أو كبار، فإن كانت الورثة كلهم صغارًا، فالوصى يبيع كل شىء من تركة الميت ضياعًا كان أو عروضًا أو عقارًا، سواء كانوا حضورًا أو غيبًا كان على الميت دين، أو لم يكن، لكن إنما يبيع بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس فى مثله، قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: ما ذكر فى الكتاب أن الوصى يبيع عقار الميت، فذلك جواب السلف، وأما المتأخرون من مشايخنا قالوا: إنما يجوز للوصى بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين، لا وفاء له إلا من ثمن العقار، أو يكون للصغير حاجة إلى ثمن العقار، أو يرغب المشترى فى شراءه بضعف القيمة.

وإن كانت الورثة كلهم كبارًا، فهذا على وجهين: الأول: أن يكون حضورًا كلهم، فإن لم يكن على الميت دين، لا يملك الوصى التصرف فى التركة أصلا، ولكن يتقاضى ديون الميت، ويقبض حقوقه، ويدفع ذلك إلى الورثة، وفى "المنتقى": عن أبى يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله: فيمن أوصى إلى رجل وله أولاد كبار، وكلهم حضور، وليس على الميت دين، ولم يوص بوصية، إنه يجوز بيع الوصى فى كل شىء ما خلا العقار، وكذلك قول أبى يوسف رحمه الله، قال أبو الفضل رحمه الله: هذا خلاف جواب الأصل، فقد ذكر فى "الأصل": أنه لا يملك بيع ما سوى العقار أيضًا.

وإن كان على الميت دين، فإن كان الدين محيطًا بالتركة، فقد أجمعوا على أنه يبيع كل التركة بقدر الدين، وأما فيما زاد على الدين فقد اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة رحمه الله: يبيع، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يبيع.

وفى "المنتقى": إذا كان على الميت دين، فبيع العقارات أيضًا جائز، كما يجوز بيع المنقول فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان الميت ترك من العروض ما فيه وفاء بدينه، فبيع الوصى العقار باطل، وإذا لم يكن على الميت دين، ولكنه أوصى بوصايا، فإن كانت الوصية فى الثلث، أو فيما دون الثلث أنفذها، وإن كانت أكثر من ذلك أنفذ بمقدار الثلث، وما بقى، فهو للورثة.

فلو أراد أن يبيع شيئًا من التركة لتنفيذ الوصية أجمعوا أنه يبيع بقدر الوصية، وأما فيما زاد اختلفوا على الوجه الذى اختلفوا فى قضاء الدين، وهذا إذا لم يقض الورثة الدين، ولم ينفذ الوصية من خالص ملكهم، فأما إذا قضوا، ونفذوا لم يبقَ للوصى ولاية بيع التركة أصلا.

الوجه الثانى: إذا كانوا غيبًا، فإن لم يكن فى التركة دين ولا وصية، فإنه يبيع المنقولات؛ لأن بيع المنقولات من جملة الحفظ، قال إبراهيم: سألت محمدًا رحمه الله عن غيبة الكبير الذى يجوز عليه بيع الوصى فى المتاع، قال: إذا كان بالكوفة على مسيرة ثلاثة أيام، ولا يبيع العقار؛ لأنه لو باعه لأجل الحفظ، وبيع العقار ليس من الحفظ.

ولو خيف هلاك بناء العقار، هل يملك بيعه؟ اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يملك استدلالا بالمنقول، وقال بعضهم: لا يملك، وهو الأصح؛ لأن الدار لا يهلك غالبًا، فبنى الحكم عليه، لا على النادر.

وإن كانت التركة مشغولة الدين، فإن كان الدين مستغرقًا، فله أن يبيع القعار والمنقول جميعًا؛ لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع، فصار مأمورًا بالبيع من جهة الموصى، وإن كان الدين غير مستغرق، يبيع بقدر الدين من العقار والمنقول، وهل يبيع الزيادة؟ إن كان منقولا، فله بيعه، وإن كان عقارًا، فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يبيع.

وإن كانت الورثة بعضهم صغارًا، وبعضهم كبارًا، فهو على وجهين أيضًا:

الأول : أن يكون الكبار غيبًا ، فإن كانت التركة خالية عن الدين وعن الوصية ، فللوصى بيع المنقول بالإجماع ، وله بيع حصة الصغار من العقار ، وهل يبيع حصة الكبار؟ فعلى الخلاف الذى مر ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين والوصية ، إن كان الدين مستغرقًا يبيع العقار والمنقول جميعًا ، وإن كان غير مستغرق ، فإنه يبيع بقدر الدين من العقار والمنقول جميعًا بالإجماع ، وهل يبيع الزيادة على ذلك؟ فالمسألة على الخلاف ، وإن كان الكبار حضوراً ، فإن كانت التركة خالية عن الدين والوصية ، فإنه يبيع حصة الصغار من العقار والمنقول بالإجماع ، وهل يبيع حصة الكبيرة؟ فالمسألة على الخلاف ، وإن كانت التركة مشغولة بالدين ، فإن كان الدين مستغرقًا ، فإنه يبيع الكل ، وإن كان الدين غير مستغرق ، فإنه يبيع بقدر الدين ، وهل يبيع الزيادة؟ فالمسألة على الخلاف .

والأصل عندهما أن الولاية تتقدر بقدر سببها ، وسبب الولاية للوصى عجز الوارث عن التصرف ، وعن الحفظ بنفسه ، والصغير عاجز عن التصرف والحفظ بنفسه ، والكبير إذا كان حاضراً قادر على التصرف والحفظ بنفسه ، وإذا كان غائبًا ، فهو قادر على التصرف من حيث هو عاجز عن الحفظ من حيث هو ، وبيع المنقول من جملة الحفظ ؛ لأنه يخشى عليه التوى والتلف ، فيثبت له ولاية بيع المنقول الغائب من حيث إنه حفظ ، أما العقار فمحصنة[1] بنفسها ، فلا حاجة لها إلى الحفظ ، فلم يكن بيعها من جملة الحفظ ، وإنما يكون بيعها من حيث التصرف ، وليس للوصى ولاية التصرف فى مال الكبير ، وإن كان غائبًا .

والأصل عند أبى حنيفة رحمه الله : أنه متى ثبت للوصى ولاية بيع بعض التركة ثبت له ولاية بيع الباقى ، فإن الوصى كما يملك بيع نصيب الصغير من المنقول ، يملك بيع نصيب الكبير الغائب لفقه ، وهو أن ولاية الوصى فى تلك الصورة إنما يثبت فى نصيب الغائب لعجز الغائب عن الحفظ التركة بنفسه على الميت ، وههنا عجز عن حفظ التركة بنفسه على الميت ؛ لأن الجمل والأشخاص يشترى بأكثر مما يشترى به الأبعاض والأشقاص ، ولهذا عد الشركة عيبًا فى الأعيان ، فلو باع الوصى نصيب الصغير وحده لا يشترى إلا بأربع مائة ، ولو باع الكبير نصيبه ، لا يشترى إلا بأربعمائة أيضًا ، ولو باع

(١) هكذا فى ظ ، وفى م "فمحصونة" ، وفى ف "فمحفوظ" ، وفى الأصل "فمحصته".

الوصي الكل يشتري الكل بألف، فيحصل للميت زيادة مائتي درهم ببيع الكل، وقد مست الحاجة إلى حفظ تلك الزيادة حتى إذا ظهر على الميت دين يمكن قضاءه بتلك الزيادة، والكبير قد عجز عن تحصيل تلك الزيادة، وإن كان حاضرًا؛ لأنه لا ولاية له على نصيب الصغير، سواء كان الوصي قادرًا على حفظ نصيب الصغير، أو كان عاجزًا عنه، فثبت للوصي ولاية بيع نصيب الصغير والكبير جميعًا حفظًا لزيادة المالية على الميت.

وإذا كانت الورثة كلهم كبارًا وهم غيب، فأجر الوصي منقولا لهم أو شيئًا من عقاراتهم، جاز ذلك، وهذا الجواب لا يشكل في المنقول؛ لأنه يملك بيع المنقول في هذه الصورة، فيملك إجارة المنقول أيضًا، إنما يشكل في العقار؛ لأنه لا يملك بيع العقار على الكبار حال غيبتهم، والوجه في ذلك أن الإجازة بيع المنافع، وهي مما يتوى ويتلف، فكانت بمنزلة المنقول والوصي يملك بيع المنقول على الكبار الغيب لخشية التلف، فلأن يملك بيع المنافع، وإنها تتوى لا محالة أولى.

هذا هو الكلام في وصي الأب، وأما وصي الأم: فنقول: وصي الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن الأب العقار، والمنقول في ذلك على السواء؛ لأن وصي الأم قائم مقام الأم، والأم حال حياتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير، العقار والمنقول المشغول بالدين والخالي عن الدين على السواء، وما كان موروثًا للصغير من جهة الأم إن كان خاليًا عن الدين والوصية يبيع المنقول، ولا يبيع العقار؛ لأنه لا ولاية للوصي على الصغير، وإنما له حفظ التركة على الميت لتوهم أن يظهر على الميت دين، وبيع المنقول من جملة الحفظ، أما بيع العقار فليس من جملة الحفظ.

وإن كانت التركة مشغولة بالدين أو بالوصية، إن كان الدين مستغرقًا، فله أن يبيع الكل، ودخل بيع العقار تحت ولايته؛ لأن بيع العقار طريق قضاء الدين، وقضاء الدين دخل تحت ولايته، فبيع العقار يدخل تحت ولايته أيضًا، وإن لم يكن الدين مستغرقًا، يبيع بقدر الدين، وهل يبيع الزيادة على قدر الدين، فعلى الاختلاف الذي مرّ قبل هذا، وكل جواب عرفته في وصي الأم، فهو الجواب في وصي الأخ والعم؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال، فكذا لا ولاية للأخ والعم على الصغير في المال أيضًا.

وإن كانت الورثة كباراً كلهم، فإن كانوا حضوراً، أو كانت التركة خالية عن الدين، فوصى الأم لا يبيع شيئًا من تركتها، وإن كانت التركة مشغولة بالدين، والجواب فى وصى الأم نظير الجواب فى وصى الأب فيما فيه اتفاق، وفيما فيه اختلاف.

وإن كانت الورثة صغاراً وكباراً والكبار غيب، فإن كانت التركة خالية عن الدين، فوصى الأم يبيع المنقول من تركة الأم حصة الصغار والكبار جميعًا، ولا يبيع العقار من تركتها حصة الكبار والصغار فى ذلك على السواء، وإن كانت التركة مشغولة بالدين، فالجواب فى وصى الأم نظير الجواب فى وصى الأب.

وإن كان الكبار حضوراً، والتركة خالية عن الدين، فإنه يبيع حصة الصغار من المنقول من تركتها، وهل يبيع حصة الكبار من المنقول؟ فالمسألة على الخلاف، ولا يبيع العقار أصلا، وإن كانت التركة مشغولة بالوصية، أو بالدين إن كانت مستغرقة، فإنه يبيع العقار والمنقول جميعًا، وإن كانت التركة غير مستغرقة يبيع المنقول جميعًا، ويبيع العقار بقدر الدين إجماعًا، وفى ما زاد على قدر الدين اختلاف المشايخ رحمهم الله[1].

وإذا باع الوصى شيئًا من تركة الميت بالنسيئة، فإن كان ذلك ضرراً على اليتيم، بأن كان يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل لا يجوز، وإن لم يكن ضرراً على اليتيم بأن كان لا يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل يجوز، وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله: إذا استباع رجل شيئًا من مال اليتيم بألف درهم، والآخر بألف ومائة والأول أملأ، ينبغى للوصى أن يبيعه من الأول الذى لا يخشى عليه المنع والجحود عند الطلب، وكذلك إذا كان لليتيم داراً أراد رجل أن يستأجرها كل شهر بثمانية، والآخر بعشرة، والذى يستأجر بثمانية أملأ، ينبغى أن يؤاجر منه، وعلى هذا متولى الأوقاف وجميع أمناء الأوقاف.

٢٠٧٦٩- وفى "الفتاوى": وصى باع ضيعة اليتيم من مفلس يعلم أنه لا يمكنه أداء الثمن، ذكر فى الفتاوى عن أبى القاسم رحمه الله: أن هذا البيع إن كان بيع رغبة، أجل القاضى المشترى ثلاثة أيام، فإن أمكنه أداء الثمن وإلا نقض البيع، ففى هذا الجواب إشارة إلى جواز هذا البيع، وإنه يخالف المذكور فى سائر الكتب عن أصحابنا

---

(١) وفى الأصل: "اختلف المشايخ".

رحمهم الله، وينبغي أن لا يجوز هذا البيع إلا أن المشترى إذا نقد الثمن قبل أن يرد القاضي المبيع على الوصي والبيع مصلحة للصغير، فالقاضي يمضي البيع، ويحكم بجوازه الآن؛ لأن وهم الضرر على اليتيم لم يبقَ، وهو مانع من جواز البيع، بل تمام النظر في تنفيذه إذا كان مصلحة في حق الصغير، وإنما يكون البيع مصلحة في حق الصغير، إذا رغب المشتري بضعف قيمة الضيعة، أو بأن كان الصغير يحتاج إلى الثمن لأجل النفقة على ما مر من قبل.

٢٠٧٧٠- وفي "فتاوى الفضلي": وصي باع عقاراً؛ ليقضي بثمنه دين الميت، وفي يده من المال ما يفي بقضاء الدين، جاز هذا البيع؛ لأنه قائم مقام الموصي، ولو فعل الموصي ذلك بنفسه جاز، فكذا إذا فعل وصيه.

٢٠٧٧١- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": رجل مات، وقد كان أوصى بثلث ماله، وخلف صنوفًا من العقارات والوصي يبيع صنفًا للوصية، فللوارث أن لا يرضى إلا من كل شيء الثلث مما يمكن بيع الثلث منه.

٢٠٧٧٢- وسئل أبو بكر الإسكاف رحمه الله عن المرأة أوصت أن يباع ضياعها، ويفرق ثمنها على الفقراء، ثم إنها ماتت، وخلفت ورثة كباراً، فأراد الوصي بيع جميع الضيعة، وأبى الورثة إلا مقدار الوصية، قال: إن كان الثلث يشترى[1] بالوكس، ويدخل على الورثة وعلى أهل الوصية الضرر، فللوصي أن يبيع الكل، وإلا فلا يبيع إلا مقدار الوصية، وكان أبو نصر الدبوسي يفتي بهذا، وكأنه كان يفتي عند دخول الضرر بقول أبي حنيفة رحمه الله وعند عدم الضرر بقولهما.

٢٠٧٧٣- وفي "فتاوى الفضلي رحمه الله": وصي آجر بعض التركة إجارة طويلة مرسومة؛ ليقضي به دين الميت لا يجوز؛ لما فيه من الغبن في السنين الأولى والوصي أمر بالتصرف على وجه النظر، فقد ذكر عدم الجواز مطلقًا، ولم يقيده بالشهر الأول، فهذا إشارة على أنه يجوز العقد في السنة التي لا غبن فيها، وفي هذا الفصل كلام، وقد مر ذلك في كتاب الإجارات.

٢٠٧٧٤- مديون أوصى بوصايا تخرج من ثلثه بعد قضاء ديونه، وخلف داراً،

(١) وفي ظ "يسرى".

ولا يقدر الوصي على إنفاذ وصاياه، وقضاء ديونه بالسرعة إلا من ثمن الدار، والوارث لا يرضى ببيع جميع الدار، إن كان الدين يأتي على جميع الدار، أو على عامتها، بأن كان لا يبقى منها إلا شيء يسير، فله أن يبيعها، لا يسعه إلا ذلك إن علم أن الدين يبقى على الميت طويلا لو لم يبع، وأهل الوصايا شركاء الوارث.

٢٠٧٧٥- وصي باع شيئًا من أموال اليتيم، ثم طولب منه بأكثر مما يباع، ينظر في ذلك اثنان من أهل البصر والأمانة، فإن قالا: ذلك الذي باع الوصي قيمته لا تلتفت إلى زيادة من يريد، وإن كان في المزايدة يشترى بأكثر، وفي السوق بأقل لا يجب على الوصي دفع ما باع بالمزايدة[1]، بل يرى ذلك أهل البصر والأمانة، فإن اجتمع على ذلك رجلا منهم اعتمد الوصي قولهما، وفي بعض المواضع يقول: إذا قال واحد من أهل البصر والأمانة: إن ذلك قيمته اعتمد الوصي على قوله، قيل: اشتراط المثنى قول محمد رحمه الله، والاكتفاء بالواحد قولهما كما في التزكية والترجمة.

٢٠٧٧٦- الوصي أو الأب إذا باع مال الصغير، ثم أقال البيع مع المشترى، صحت الإقالة؛ لأن الوصي نائب عنه في مطلق التجارة، والأب كذلك، والإقالة نوع تجارة، فيصح منهما على الصغير.

٢٠٧٧٧- وفي "النوازل" قال أبو نصر: سألت محمد بن سلمة عن وصي باع تركة الميت لإنفاذ الوصية، فجحد المشترى، فرفعه إلى الحاكم، وحلفه الحاكم يحلف والوصي يعلم كذبه، كيف يصنع؟ قال: يقول له القاضي: إن كنت صادقًا، فقد فسخت البيع بينكما، قلت: أيجوز الفسخ؟ قال: إن كان مثل هذا يجوز، قال الفقيه: إنما يحتاج إلى فسخ الحاكم؛ لأن الوصي لو عزم على ترك الخصومة، وجحد البيع، صار جحوده بمنزلة الإقالة بينهما، ويلزم المبيع الوصي، فإذا فسخ الحاكم لا يلزم الوصي، ولكن يرجع إلى ملك الميت.

٢٠٧٧٨- الوصي إذا أراد أن يقرض مال اليتيم من غيره، فليس له ذلك باتفاق الروايات، وإذا رهن متاع اليتيم بدين استدانه عليه، وقبضه المرتهن، ثم إن الوصي استعاره من المرتهن لحاجة اليتيم، فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم، ودين

---

(١) وفي ظ "ما زاد بالمزائدة".

المرتهن على اليتيم بحاله، يطالب به الوصى، وإن كان الوصى قد غصب الرهن من المرتهن، واستعمله فى حاجة الصغير[1]، فهلك فى يده، ضمن الوصى قيمته لحق المرتهن لا لحق اليتيم، وإن استعمله بعد الغصب فى حاجة نفسه، ضمن لحقهما حتى إن فى فصل الأول إذا أدى دين المرتهن بما ضمن، رجع بذلك فى مال اليتيم، وفى فصل الثانى، لا يرجع.

وإن غصب الوصى عبد الرجل، واستعمله فى حاجة الصغير، فضمن قيمته للمغصوب منه، هل يرجع بذلك فى مال اليتيم؟ لا رواية فيه عن أصحابنا رحمهم الله، قال مشايخنا رحمهم الله: وينبغى أن لا يرجع الوصى.

٢٠٧٧٩- إذا استأجر لليتيم أجيراً بأكثر من أجر مثل عمل الأجير بحيث لا يتغابن الناس فيه، ذكر القاضى الإمام ركن الدين على السغدى فى "شرح السير": أن الوصى يصير مستأجرًا الأجير لنفسه، ويجب جميع الأجر فى ماله، وذكر شيخ الإسلام فى شرحه: أن الإجارة تقع للصغير، ولكن للأجير أجر مثل عمله إذا عمل، والفصل يرد على الصغير، وذكر شيخ الإسلام فصل الأب أيضًا، وجعل الجواب فيه نظير الجواب فى الوصى.

٢٠٧٨٠- وإذا آجر الوصى الصبى فى عمل من الأعمال، فهو جائز، وكذا إذا آجر عبدًا للصغير، أو مالا آخر للصغير، فهو جائز، فإن بلغ فله أن يفسخ الإجارة التى عقدها عليه، وليس له أن يفسخ الإجارة التى عقدها على ماله، والفرق وهو أن إجارة العبد تصرف فى المال، فينوب الأب[2] منابه فيه، وصار كأنه آجر بنفسه، وهو بالغ، فأما إجارة الصغير فلم يتمحض نفعا فى حق الصغير؛ لأنه إتعاب بدنه. وكان ينبغى أن لا يملكها الوصى، وإنما يملكها من جهة التهذيب والرياضة، فللوصى ولاية التهذيب والرياضة، وولاية التهذيب قد انقطعت بالبلوغ.

٢٠٧٨١- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: إذا كان فى الورثة صغار وكبار، فباع الوصى العروض بالدراهم أو بالدنانير والكبار غيب، ثم صرف

---

(١) وفى ظ "فى حالة الصغير".

(٢) وفى م "الوصى".

الثمن إن كان دراهم بالدنانير أو دنانير بالدراهم لا يجوز، قال: وهو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله، وفى المسألة نوع إشكال، ووجهه أن الثمن بدل عن المبيع، وللبدل حكم المبدل، فلما ملك الوصى حال غيبة الكبير هذا النوع من التصرّف فى المبدل لم لا يملك هذا النوع من التصرّف فى البدل حال غيبته أيضًا، والجواب إنما ملك بيع العروض على الكبار بطريق التحصين؛ لأن العروض مما يخشى عليه التلف، وهذا المعنى لا يتأتى فى المصارفة بالثمن.

٢٠٧٨٢- وللوصى أن يدفع مال الصغير مضاربة، وأن يشارك به غيره، وإن يبضعه؛ لأن هذه التصرفات بأسرها نظر فى حق الصغير.

٢٠٧٨٣- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل مات، وله على رجل ألف درهم دين، فطلب وصى الميت من الغريم رهنًا بدينه، فدفع إليه الغريم رهنًا، وقال: خذه حتى أدفع إليك المال إلى ثلاثة أيام، فأخذه منه رهنًا، وقيمته ذلك، فضاع فى يده، فلا ضمان على الوصى؛ لأنه لم يلِ سبب وجوب الدين، إنما ولى ذلك غيره، وإنما قبضه الوصى منه على أن يكون أمينًا فيه لصاحب الدين.

٢٠٧٨٤- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: فى وصى يتيم باع غلامًا لليتيم بألف درهم، وقيمته ألف درهم على أن الوصى بالخيار، فازدادت[١] قيمة العبد فى مدة الخيار، فصارت ألفى درهم، فليس للوصى أن ينفذ البيع، قال: وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف رحمه الله.

٢٠٧٨٥- وعن محمد رحمه الله أيضًا: فى وصى باع عبد الصغير على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فبلغ الغلام فى الثلاث، ثم تم الثلاث، جاز البيع، قال: وهذا بمنزلة الوكيل بالبيع إذا باع على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فأمره الآمر أن لا يمضى البيع حتى يرى الآمر رأيه، فليس للبائع أن يمضيه، فإن مضت الثلاث جاز البيع، وإن أجاز الوصى البيع فى الثلاث، أو مات، لم يجز حتى يجيزه الغلام.

٢٠٧٨٦- ولو أن وصى يتيم باع عبدًا لليتيم، واشترط الخيار ثلاثا، ثم مات اليتيم وقت الخيار، جاز البيع، وكذلك الوالد، علل، فقال: لأن العقد إنما وقع

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل "إن زادت"، وفى م "فما زادت".

للصغير، ولو باع الوصى عبداً ليتيم بشرط الخيار للوصى، فأدرك اليتيم فى مدة الخيار، تم البيع، وبطل الخيار فى قول أبى يوسف رحمه الله؛ لأن من له الخيار عجز عن التصرف بحكم الخيار لما بلغ الصبى، فأشبه العجز بالموت.

وفى ظاهر الرواية عن محمد رحمه الله: إن أجاز الصبى البيع فى مدة الخيار أو بعدها جاز، وإن رده بطل؛ لأن الصغير بلغ قبل وقوع حكم العقد؛ لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه، والمقصود من التصرف حكمه، فصار فى حق المقصود وهو الحكم كأن المباشرة حصلت بعد البلوغ بغير أمره، وذلك يوجب له الخيار غير موقت؛ لأن هذا ليس بخيار شرط بل هو خيار تصرف الغير بغير أمر، وإنه يوجب الخيار غير موقت، هكذا ذكر المسألة فى "كتاب الزيادات"، وكتبت فى شرحه أن عن محمد رحمه الله فى "النوادر" ثلاث روايات: إحداها: مثل ما قال أبو يوسف رحمه الله، والثانية: أن ينتقض البيع، والثالثة: أنه ينتقل الخيار إلى الصبى، فإن أجاز فى مدة الخيار أو فسخ، صح ذلك منه وإن لم يجز، ولم يفسخ حتى مضت المدة، لزم البيع.

٢٠٧٨٧- ولو باع الوصى عبداً لليتيم بشرط الخيار للوصى، فأدرك اليتيم، ثم نقض الوصى البيع، وقد نهاه اليتيم بعد بلوغه عن ذلك، فنقضه جائز، ولو اشترى الوصى جارية للصغير، ثم بلغ الصبى، واطلع الوصى على عيب، ورضى به قبل أن ينهاه اليتيم عن الوصاية، أو بعد ما نهاه، فهو كالوكيل فى جميع ذلك، وإن اشترى الوصى عبداً لليتيم بألف درهم على أن الوصى بالخيار ثلاثة أيام، فكبر اليتيم فى الثلاث، ثم أجاز الوصى البيع، فاليتيم بالخيار إن شاء، رضى به، وإن شاء، ألزم الوصى، فإن لم يجز شيئًا، حتى مات الوصى بعد ما رضى بالعيب، أو قبل ذلك، فاليتيم على خياره، وإن لم يمت الوصى، ومات العبد فى يد الوصى فى وقت الخيار، أو بعد مضيه، أو مات اليتيم فى وقت الخيار قبل رضى الوصى بالمشترى أو بعده، فالشراء لازم لليتيم.

٢٠٧٨٨- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": الوصى إذا احتال بمال اليتيم، فإن كان الثانى أملأ من الأول وأيسر منه جاز؛ لأن الاحتيال فى هذه الصورة خير لليتيم، فإنه استبدل ذمة بذمة، هى أو فى بمنزلة ما لو استبدل ماله بمال آخر هو أوفى

وأحسن من الأول، فأما إذا كان الثانى دون الأول فى الملاءة لا يجوز؛ لأنه استبدل ذمة بذمة هى أدنى، فيعتبر بما لو استبدل ماله بمال هو أنقص، وإن كان الثانى مثل الأول فى الملاءة قد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه وأشار فى الكتاب إلى أنه لا يجوز، وفرق بين هذا وبين البيع، فإنه لو باع ماله من أجنبى بمثل قيمته يجوز.

٢٠٧٨٩- وفى "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمهما الله: أنه إذا باع الوصى على الصغير داره فإذا هى لصغير آخر وهو وصيه، قال: ذلك جائز -والله أعلم-.

النوع الثالث فى تصرف الوصى فى مال اليتيم مع نفسه وفى تصرف اليتيم مع الوصى:

٢٠٧٩٠- قال: وإذا باع الوصى مال اليتيم من نفسه، أو باع مال نفسه من اليتيم، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله، وإحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله: إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم يجوز، وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة لا يجوز، وعلى قول محمد رحمه الله وأظهر الروايات عن أبى يوسف رحمه الله: لا يجوز[1] على كل حال.

قال: وتكلم المشايخ رحمهم الله فى تفسير المنفعة الظاهرة على قول أبى حنيفة رحمه الله، بعضهم قالوا: أن يبيع من الصبى من مال نفسه ما يساوى ألف درهم بثمانمائة، ويبيع من مال الصبى من نفسه ما يساوى ثمانمائة بألف درهم، وبعضهم قالوا: أن يبيع من مال نفسه ما يساوى ألفا بخمسمائة، ويبيع من مال الصغير من نفسه ما يساوى خمسمائة بألف.

وجه قول أبى حنيفة رحمه الله قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[2]، نهى عن قربان ماله إلا على الوجه الأحسن، فإذا كان للصبى فيه منفعة ظاهرة، فهذا قربان على الوجه الأحسن، فيجوز، والمعنى وهو الفرق بين الوصى والوكيل وهو أن الوصى مختار الأب بعد وفاته وهى حالة العجز عن المراقبة بنفسه،

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى غيرها "يجوز".

(٢) سورة الأنعام: الآية١٥٢.

فالظاهر هو الاستقصاء في النظر، واختيار من هو أشفق الناس على الصغير، فنزل منزلة الأب إلا أن شفقته على الصغير لا تكون نظير شفقة الأب من كل وجه، فيشترط في تصرفه المنفعة الظاهرة، ولم يشترط في تصرف الأب المنفعة الظاهرة، فأما الوكيل فمختار الأب حال حياته، وهو حال قدرته على المراقبة بنفسه، فالظاهر ترك الاستقصاء في النظر اعتماداً على مراقبته ومراعاته، وتصرف الوكيل بنفسه، فلم ينزل منزلة الأب فرد تصرف الوكيل مع نفسه إلى أصل القياس.

وقضية القياس أن لا يقوم الواحد في عقود المعاوضات من الطرفين؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- ولأن الوصي يشبه الأب من وجه، ويشبه الوكيل من وجه، أما يشبه الأب لأنه عام التصرف كالأب، ولأنه يتصرف عن ولاية لا عن أمر؛ لأنه يتصرف بعد انقطاع الأمر، ولو كان يتصرف عن أمر لكان لا يثبت له حق التصرف بعد انقطاع الأمر كالوكيل، وأما يشبه الوكيل لأن ولايته تثبت من جهة غيره، ولو كان يشبه الأب من جميع الوجوه جاز عقده، وإن لم يكن للصغير فيه منفعة ظاهرة، ولو كان يشبه الوكيل من جميع الوجوه، لكان لا يجوز عقده، وإن كان للصغير فيه منفعة ظاهرة.

فإذا كان يشبه الأب من وجه ويشبه الوكيل من وجه جعل له الحكم بين حكمين ومنزلة بين المنزلتين، فقلنا: إن كان للصبي فيه منفعة ظاهرة يجوز لشبهه بالأب، وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة للصبي لا يجوز لشبهه بالوكيل.

ثم إذا جاز بيع الوصي من نفسه على قول أبي حنيفة رحمه الله هل يكتفي بقوله: بعت أو اشتريت كما في الأب، أو يحتاج إلى الشطرين؟ لم يذكر هذا الفصل ههنا، وذكر الناطفي رحمه الله في "واقعاته": أنه يحتاج فيه إلى الشطرين بخلاف الأب، وذكر للفرق ثمة وجهًا، فقال: ولاية الأب تثبت شرعًا بلا قبول، فكذا يجوز بيعه بلا قبول، وولاية الوصي ما يثبت بنفسه بلا قبول، فكذا بيعه مفتقراً إلى القبول.

٢٠٧٩١- قال: وصي اليتيمين إذا باع مال أحدهما من الآخر لا يجوز، أما على قول محمد، وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه الله فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله: فلأن الوصي إنما يقوم

بالعقد من الطرفين باعتبار منفعة ظاهرة، وههنا لا يظهر النفع فى حق أحدهما إلا بظهور الضرر فى حق الآخر، وكذا لو أذن الوصى لهما بالتصرف، فباع أحدهما ماله من الآخر لا يجوز؛ لأنهما استفاد الولاية من جهة الوصى، والوصى لو فعل ذلك بنفسه لا يجوز، فكذا إذا فعل من استفاد من جهته.

٢٠٧٩٢- قال: الصبى المأذون إذا باع مال نفسه من الوصى، فهو كبيع الوصى من نفسه، فقد اعتبر فى تصرفه مع الوصى جهة النيابة عن الوصى كأن الوصى تولاه بنفسه، ولو باع الصبى المأذون له من الأجنبى بغبن فاحش يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، واعتبر أبو حنيفة رحمه الله فى تصرفه مع الأجانب جهة المالكية والأصالة لا جهة النيابة، فإن الوصى لو باع ماله من الأجنبى بغبن فاحش، لا يجوز.

وهما اعتبرا جهة النيابة فى تصرفه مع الأجانب أيضًا، حتى قالا: لو باع الصبى ماله من الأجنبى بغبن فاحش، لا يجوز، كما لو باع الوصى، فوجه قولهما: إن الصبى استفاد الولاية من الوصى، فيكون نائبًا فى نفس التصرف.

وأبو حنيفة رحمه الله يقول: بأن الصبى مالك للتصرف إلا أن فى رأيه نوع نقصان، فاحتيج إلى ما يجبر ذلك النقصان، وذلك برأى الولى، فجعلناه أصلا فى أصل التصرف لكونه مالكًا للتصرف نائبًا فى وصف التصرف لثبوت صفة الكمال برأس الوصى، فاعتبرنا جهة الأصالة عامًّا، واعتبرنا جهة النيابة فى موضع التهمة، وفى تصرفه مع الوصى الموضع موضع التهمة، فيجب اعتبار جهة النيابة فيه.

٢٠٧٩٣- وفى "واقعات الناطفى رحمه الله": الوصى إذا أمره إنسان أن يشرى له شيئًا من اليتيم، واشتراه له، لا يجوز بخلاف ما إذا اشترى لنفسه على قول أبى حنيفة رحمه الله، والفرق أنه إذا اشترى لنفسه، فحقوق العقد من جانب اليتيم راجعة إلى اليتيم، ومن جانبه إليه، فلا يؤدى إلى التضاد، وإذا اشترى لغيره، فحقوق العقد من جهة اليتيم راجعة إليه، وكذا من جانب الآمر، فيؤدى إلى التضاد.

٢٠٧٩٤- والوصى إذا أخذ أرض اليتيم مزارعة، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، منهم من قال: يجوز مطلقًا كما لو دفعها إلى آخر، ومنهم من قال: إن كان البذر من اليتيم لا يجوز؛ لما فيه من إتلاف بذره حالا، وإن كان البذر من الوصى جاز؛

لأن الوصى يصير مستأجرًا أرض اليتيم، فيكون ذلك بمنزلة استئجار الوصى الصغير، وذلك جائز عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وعامة المشايخ رحمهم الله على أنه لو كان أجر المثل أو ضمان النقصان خيرًا لليتيم مما يصيبه من الخارج لم تجز المزارعة، وإن كان ما يصيبه من الخارج خيرًا له، جازت المزارعة؛ لأن تمام النظر للصبى فى هذا.

هذا كما ذكر فى وصايا الأمالى عن أبى يوسف رحمه الله: أن وصى اليتيم إذا زرع بذر اليتيم فى أرض اليتيم، وأشهد عند الزرع أنه أخذ البذر قرضًا عليه، وإنه استأجر الأرض لنفسه، فإن كان الأجر خيرًا لليتيم، فإنى أجعل الأجر لليتيم والزرع، وللوصى إن كان الزرع خيرًا لليتيم، وكان الأجر أوكس من أجر مثل الأرض، فإنى أجعل الزرع لليتيم.

ولو كان استقرض البذر من ميراث اليتيم وذرعه فى أرض نفسه، فالزرع للوصى والقول قوله: إنه زرعه لنفسه، وكذلك إن زرع بذر نفسه فى أرض اليتيم، فإن زرع بذر اليتيم فى أرض اليتيم، وقال: زرعتها لنفسى، فإن كان فى ذلك ربح ظاهر لم يصدق.

ثم أصل هذه المسألة دليل على أن الوصى يملك الاستقراض من مال اليتيم، وذكر فى "المنتقى" عن محمد رحمه الله مسألة تدل على أنه لا يملك ذلك، وصورتها الوصى إذا استقرض شيئًا من مال اليتيم، وأشهد على ذلك أنه أخذه قرضًا، ثم ضاع، فلا ضمان على الوصى إلا أن يحركه، فحينئذٍ يجب الضمان، ولو كان يملك الاستقراض، لما وجب عليه الضمان وإن حركه.

وقال هشام فى "نوادره": سمعت محمدًا رحمه الله يقول: ليس للولى[1] أن يستقرض شيئًا من مال اليتيم عند أبى حنيفة رحمه الله، وأما أنا فأرى أنه إن فعل ذلك، وله وفاء إنه لابأس به، وفى شرح كتاب الرهن لشيخ الإسلام رحمه الله: أن الوصى لا يملك أن يستقرض مال اليتيم لنفسه، وذكر شمس الأئمة الحلوانى فى شرح كتاب الرهن: أن فيه خلاف المشايخ رحمهم الله.

٢٠٧٩٥- وفى "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله: للوصى أن يأخذ مال

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وف "للوصى".

اليتيم مضاربة ، وإن أخذه على أن يكون له عشرة دراهم من الربح ، فهذه مضاربة فاسدة ، ولا أجر له ؛ لأن هذا شرط يوجب قطع الشركة فى الربح عسى ، ومثل هذا الشرط يوجب فساد المضاربة ، وقوله : ولا أجر له مشكل ؛ لأن المضاربة متى فسدت تنعقد إجارة فاسدة ، والمنافع تتقوم بحكم العقد الفاسد ، فينبغى أن يجب[1] له الأجر مع هذا ، قال : لا يجب الأجر للوصى ، والوجه فيه أن الأصل فى المنافع عدم التقوم ، فمتى أوجبنا الأجر ، فقد أوجبنا ما هو متقوم فى الأصل بمقابلة ما ليس بمتقوم فى الأصل وإنه لا يجوز .

٢٠٧٩٦- الوصى إذا آجر نفسه من الصغير لم يجز ، أما على قول محمد : فظاهر ؛ لأن الوصى لا يملك بيع مال نفسه من الصغير مع أنه مقابلة العين بالعين ، فلأن لا يملك إجارة نفسه منه وفيها مقابلة العين بالمنفعة أولى ، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله : فإنه إنما يملك بيع مال نفسه من الصغير إذا كان النفع فيه ظاهراً للصغير ، ولا نفع ههنا للصغير ، إنما النفع للوصى ؛ لأنه جعل منافع نفسه متقومة بالعقد ، فلو استأجر الصغير لنفسه ينبغى أن يجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله إذا كان بأجرة لا يتغابن الناس فى مثلها ؛ لأنه جعل منافع الصغير متقومة بالعقد ، وإذا زوج عبد الصغير أو ابنه الصغير ، فقد ذكرنا فى كتاب النكاح ، ويملك التزوج بأمة الصغير ، ذكره فى نكاح الشاهل .

ومما يتصل بهذا النوع:

٢٠٧٩٧- الوصى إذا رهن مال اليتيم بدين نفسه لا يجوز قياساً ، ويجوز استحساناً ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : لا يجوز قياساً واستحساناً ، وهذه المسألة بناء على أن الوصى إذا باع مال اليتيم بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين ، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله : يجوز ، ويصير الثمن قصاصاً بدينه[2] ، يصير هو ضامناً ، وعلى قول أبى يوسف رحمه

---

(١) وفى ظ "يجرى".

(٢) زيد من نسخة بغداد .

الله: لا يجوز، وأجمعوا على أنه لو أراد أن يوفى دين نفسه من مال الصغير ليس له ذلك، وإذا صح الرهن بدين نفسه عندهما، فهلك الرهن فى يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الوصى للصغير قيمة الرهن إذا كانت مثل الدين أو أقل، أما إذا كانت القيمة أكثر فإنه يضمن مقدار الدين، ولا يضمن الزيادة؛ لأنه فيما زاد مودع مال الصغير، وله هذه الولاية.

النوع الرابع

فى مقاسمة الوصى:

٢٠٧٩٨- قال محمد رحمه الله: وصى الأب يقاسم مال الصغير أى شىء ما كان منقولا كان أو عقارًا بغبن يسير ولا يملك بغبن فاحش، والأصل فى جنس هذا المسائل أن من ملك بيع شىء ملك قسمته؛ لأن فى القسمة بيعًا وإفرازًا، ومن ملك بيع شىء ملك إفرازًا، إذا ثبت ذلك، فنقول: الوصى يملك بيع مال الصغير أى شىء ما كان منقولا أو عقارًا بغبن يسير، ولا يملك بغبن فاحش، فكذا القسمة.

٢٠٧٩٩- وإذا نصب القاضى وصيًا ليقسم كل شىء، فقاسم عليه فى العقار والعروض، جاز؛ لأن وصى القاضى يملك بيع مال الصغير أى شىء ما كان، فكذا يملك القسمة، وهذا إذا جعله القاضى وصيًا فى كل شىء، فأما إذا جعله وصيًا فى النفقة، أو فى حفظ شىء بعينه، لم تجز قسمته؛ لأنه لا يملك بيع ماله إذا فوض القاضى إليه أمرًا خاصًا، فكذا لا يملك القسمة، وهذا بخلاف وصى الأب، فإن الأب إذا أوصى إليه فى نوع، يصير وصيًا فى الأنواع كلها، والقاضى إذا جعله وصيًا فى نوع، لا يصير وصيًا فى الأنواع كلها، وسيأتى بيان الفرق بين وصى الأب وبين وصى القاضى بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

٢٠٨٠٠- وإذا قاسم الوصى الموصى له بالثلث على الورثة وهم صغار، فدفع إليه الثلث، وأخذ الثلثين للورثة، صح حتى لو هلك نصيب الورثة فى يد الوصى، لم يكن على الوصى الضمان؛ لأن هذه قسمة جرت بين شخصين لهما ولاية القسمة، أما الموصى له فظاهر، وأما الوصى فلأن له ولاية على الصغار مطلقًا؛ لأنه قائم مقام أبيهم،

ألا ترى أنه يملك بيع أموالهم، العقار والمنقول فى ذلك على السواء، فيملك القسمة أيضًا.

ولو كانت الورثة كلهم كبارًا، أو كان بعضهم كبارًا وهم حضور، فقسمة الوصى مع الموصى له على الوارث الكبير باطلة فى العقار وفى المنقول جميعًا؛ لأنه لا ولاية له على الكبار الحضور، ألا ترى أنه لا يملك بيع أموالهم، العقار والمنقول فى ذلك على السواء، فكذا لا يملك القسمة.

فإن هلك نصيب الوارث الكبير فى يد الوصى، فلا ضمان على الوصى، ولكن يرجعون على الموصى له، فيأخذون منه ثلثى ما أخذ إن كان ما أخذه قائمًا فى يده، وإنما لم يجب الضمان على الوصى؛ لأنه لا وجه إلى أن يجب الضمان بنفس القسمة؛ لأنها ليست إلا قوله: هذا لهذا وهذا لهذا، وإنه لا يصلح سببًا للضمان، ولا وجه إلى أن يجب الضمان بإمساك نصيب الكبار بعد القسمة؛ لأن له ولاية إمساك نصيبهم قبل القسمة وبعد القسمة، وأما الرجوع على الموصى له بثلث ما فى يده فلأن هذه القسمة لما لم تصح، التحقت بالعدم، ولو انعدمت القسمة، وهلك من المال شىء، فما هلك، يهلك على الشركة، وما بقى، يبقى على الشركة، كذا هذا، وإن هلك ما أخذه الموصى له يجب أن يكون الوارث الكبير بالخيار إن شاء ضمن الوصى حصته، وإن شاء، ضمن الموصى له؛ لأن الوصى دفع ما ليس له دفعه؛ لأنه دفع نصيب الكبير على وجه التملك من الموصى له، وليس له هذا الدفع، والموصى له قبض ما ليس له قبضه؛ لأنه قبض نصيب الكبير مما وقع إليه على وجه التملك، وليس له هذا القبض.

وإن كانت الورثة كبارًا وهم غيب، فقاسم الوصى مع الموصى له على الورثة، وأخذ نصيب الورثة، فقسمته فى العقار باطلة؛ لأنه ليس له ولاية بيع العقار على الكبار الغيب، فلايكون له ولاية القسمة أيضًا، وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب خلافًا فى هذه الصورة، فقال: على قول أبى حنيفة رحمه الله وزفر رحمه الله: لا يجوز القسمة، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: تجوز.

وأما فى المنقول تجوز قسمته مع الموصى له على الورثة؛ لأن له ولاية بيع المنقول على الورثة الكبار إذا كانوا أغبياء، فيكون له ولاية القسمة أيضًا، وإذا كان للوصى

ولاية قسمة على الكبار، صار كأن الكبار كانوا حضوراً، وقسموا التركة مع الموصى له، فتصح القسمة، ولا يكون للورثة على الموصى له سبيل، كأنهم فعلوا ذلك بأنفسهم.

فأما قسمة الوصي مع الورثة على الموصى له والورثة كبار حضور والموصى له غائب، فإنها باطلة، العقار والمنقول في ذلك على السواء؛ لأنه لا ولاية للموصى على الموصى له، ألا ترى أنه لا يجوز بيعه عليه، فكذا لا يجوز قسمته، وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله في هذه المسألة اختلافًا، فقال: على قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله: لا تجوز القسمة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: تجوز.

فإن هلك حصة الموصى له في يد الوصي، وبقي نصيب الورثة، كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة، وإن هلك حصة الورثة في أيديهم، وهلك حصة الموصى له في يد الوصي أيضًا، فما هلك في يد الوصي من حصة الموصى له، فالوصي لا يضمن ذلك، وما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له، فهو بالخيار إن شاء ضمن الوصي ذلك وإن شاء ضمن الوارث.

جئنا إلى وصي الأم، فنقول: وصي الأم يقاسم لولدها الصغير منقولاتها التي ورثها من الأم، إذا لم يكن للصغير أب ولا وصي أب، أما إذا كان له أحدهما لا يقسم هو؛ لأنه لا يملك بيع منقولاته في هذه الحالة، فكذا لا يملك قسمتها، ولا يملك قسمة عقاراته على كل حال، ولا يملك قسمة ما ورثه الصغير من غير الأم، العقار والمنقول في ذلك على السواء، وما عرفت من الجواب في وصي الأم، فهو الجواب في وصي الأخ والعم؛ لما ذكرنا قبل هذا.

٢٠٨٠١- قال: ولو كان الوصي قسم بين الورثة، وعزل نصيب كل إنسان، فهذا خمسة أوجه: أن تكون الورثة صغاراً كلهم ليس فيهم كبير، وفي هذا الوجه لا تجوز قسمته أصلا؛ لأن في القسمة معنى البيع، فيعتبر بحقيقة البيع، والوصي إذا باع مال أحد اليتيمين من الآخر، لايجوز على كل حال بلا خلاف، فكذا إذا قاسم، وهذا بخلاف الأب إذا قسم مال أولاد الصغار وليس فيهم كبار، فإنه لا يجوز؛ لأن الأب لو باع مال بعض بنيه الصغار من البعض يجوز؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكذا إذا قاسم بينهم بخلاف الوصي.

قالوا: والحيلة للوصى فى ذلك إذا كان الصغير اثنين أن يبيع الوصى حصة أحد الصغيرين مشاعًا من رجل، ثم يقاسم مع المشترى حصة الصغير الذى لم يبع نصيبه، ثم يشترى حصة الصغير الذى باع نصيبه حتى يمتاز حق أحدهما عن الآخر، وإنما جاز هذا من الوصى؛ لأن هذه قسمة جرت بين اثنين بين المشترى والوصى فى نصيب الصغير، فيجوز كما لو اشترى مالا للصغير.

وحيلة أخرى أن يبيع نصيبهما من رجل، ثم اشترى من المشترى حصة كل واحد منهما مفرزًا.

الثانى: أن يكون الورثة كبارًا كلهم بعضهم حضور وبعضهم غيب فقاسم الحضور، وأفرز نصيبهم، فإن القسمة جائزة، ومراده أن كانت التركة عروضًا؛ لأن للوصى ولاية على الغيب فى العروض، ألا ترى أنه يجوز بيعه عليهم، فكذا تجوز قسمته، وأما فى العقار فليس يجوز قسمته عليهم كما لا يجوز بيعه عليهم.

الثالث: أن تكون الورثة صغارًا وكبارًا والكبار غيب، فإنه لا يجوز قسمته، أما فى العروض فلأن الكبار إذا كانوا غيبًا، فللوصى ولاية القسمة على الكبار فى العروض كما كان له ولاية البيع، وإذا كان له ولاية البيع على الكبار فى العروض، صار كأن الكل صغار، ولو كان الكل صغارًا فقاسم لم يجز قسمته؛ لأنه تولى القسمة من الجانبين فكذا هذا، وأما فى العقار فلأنه لا يلى بيع العقار على الكبار حال غيبتهم، فكذا لا يلى القسمة.

الرابع: إذا كانوا صغارًا وكبارًا، فعزل نصيب الكبار وهم حضور، فدفعه إليهم، وعزل نصيب الصغار جملة، فلم يفرز نصيب كل واحد من الصغار، جاز؛ لأن القسمة لم تجز بين الصغيرين حتى يكون الوصى متوليًا لقسمة من الجانبين، فلا يجوز، وإنما جرت القسمة بين الكبار والصغار، فتكون هذه قسمة جرت بين اثنين فجازت، ألا ترى أنه لو اشترى الوصى من الكبار شيئًا للصغار جاز، فكذا هذا.

وفى "المنتقى": رجل هلك، وترك ابنين أحدهما صغير، والآخر كبير، فأشهد الوصى أنى قد قبضت جميع نصيب الصغير من تركة أبيه، وقاسمت الكبير، وضاع

نصيب الصغير فى يده قبل قول[1] الوصى حتى لو كبر الصغير بعد ذلك، وأنكر ما قاله الوصى لا يلتفت إلى إنكاره، ولو أراد أن يشارك الكبير فيما فى يده من المال، ويدعى أنه من تركة الأب لا يكون له ذلك، قال ثمة : ألا ترى لو أن رجلين كانت بينهما ألفا درهم وكل أحدهما رجلا أن يقاسم شريكه، ويأخذ له نصيبه، فقال الوكيل : قد قاسمته وقبضت الألف وضاعت فى يدى، وأنكر الموكل أن يكون قاسمه وقبض شيئًا، وأراد أن يشاركه شريكه فيما فى يده، ليس له ذلك، والقول قول الوكيل.

الخامس : إذا عزل نصيب كل واحد من الصغار والكبار، وقسم بين الكل، فإن القسمة فى الكل فاسدة؛ لأن القسمة فيما بين الصغار إنما تولاها الوصى بنفسه، والوصى متى تولى القسمة بين الصغار من الجانبين لم تجز، والقسمة بين الكبار والصغار إن جرت بين اثنين فالقسمة فيما بين الصغار وجدت من الواحد، فلم تجز القسمة فى حق الصغار، وإذا لم تجز فى حق الصغار، لا تجوز فى حق الكبار؛ لأن من حكم القسمة متى جازت أن يمتاز حق بعض الشركاء عن حق البعض، ولم يوجد فى هذه القسمة ذلك، وأما إذا دفع إلى الكبار نصيبهم وأمسك حصة الصغار جملة، ثم قسم حصة الصغار فيما بينهم، فإن القسمة بين الكبار والصغار صحيحة؛ لأنها جرت بين اثنين بين الكبير والوصى فى نصيب الصغار، ولم تجز بين الصغار حتى يكون الوصى متوليًا القسمة من الجانبين، فجازت القسمة الأولى، ثم القسمة الثانية بعد ذلك لم يصح؛ لأنها جرت بين الصغار كلهم، فكان الوصى متوليًا القسمة من الجانبين ففسدت القسمة الثانية، والقسمة الأولى صحيحة على حالها.

وإذا كان بعض الورثة صغارًا، والبعض كبارًا، وأخذ الكبار وصى الصغار، وأرادوا منه القسمة، حكى عن الشيخ الإمام الزاهد أبى حفص الكبير رحمه الله : أن الوصى يقسم بين الكبار، ويفرز نصيبهم، ويفرز نصيب الصغار، ويجعل نصيبه مع نصيب الصغار، ثم يبيع نصيبه من أجنبى، ثم يقسم بين الأجنبى المشترى وبين الصغار، ثم يشترى نصيبه من الأجنبى المشترى، فيحقق القسمة بين الكل من هذا الوجه.

٢٠٨٠٢- وفى "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله : فى وصى ليتيمين قال

---

(١) وفى ظ "تولية".

بعد ما كبرا: قد دفعت إليكما ألف درهم، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، رجع المكذب على أخيه بمائتين وخمسين، وإن أنكرا لم يكن لهما على الوصى شيء؛ لأنه أمين، ولو قال: دفعت إليكما ألفا إلى كل واحد منكما خمسمائة، وصدقه أحدهما، وكذبه الآخر، رجع المنكر على الوصى بمائتين وخمسين؛ لأن قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران، ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما.

٢٠٨٠٣- وعنه أيضًا: وصى عنده ألفان ليتيمين أدركا، فدفع إلى أحدهما ألفًا، والآخر حاضر، فضاع الألف الأخرى عند الوصى، وجحد القابض أن يكون قبض الألف، قال: يغرم الوصى خمسمائة بينهما؛ لأن قسمته لا تجوز على الحاضر، فلو كان غائبًا، جاز قسمته عليه، ولو كان القابض مقرًا، كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة، وإن شاء، ضمن الوصى، ثم يرجع عليه الوصى.

النوع الخامس فى الألفاظ التى تقع بها الإيصاء وفى تأقيت الإيصاء وفى تفويض الخروج عنه إلى الوصى وفى بطلانه:

٢٠٨٠٤- فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": مريض قال لرجل: اقض ديونى بعد موتى صار وصيًا فى قول أبى حنيفة رحمه الله؛ ؛ لأن قضاء الديون من عمل الوصاية، والوصاية لاتتخصص؛ لما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

٢٠٨٠٥- إبراهيم عن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره: أنت وصيى وهو صحيح، فهو وصيه بعد موته، فى "فتاوى النسفى": مريض قال لآخر: بيمار دار اين فرزند برايش مركب من، وبالعربية تعهده ما قسم بأمره[1]، أو ما يجرى مجراها، كان إيصاء إليه، وسئل عن امرأة قالت لزوجها فى مرض موته: إلى من تسلم أولادى قال: إليك وأسلمك إلى الله، قال: تصير المرأة وصية.

٢٠٨٠٦- رجل قال لآخر: لك أجر مائة درهم على أن تكون وصى قال: تصير الإجارة باطلة، ولا شىء له، وقال ابن سلمة رحمه الله: الشرط باطل، والمائة وصية له

---

(١) هكذا فى ف، وكان فى الأصل وم "تعهده أو قم بأمره"، وفى ظ "تتعهده أو قم بأمره".

جائزة، وهو وصيي، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

٢٠٨٠٧- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا قال لغيره: استأجرتك على أن تنفذ وصاياى بكذا، فهذه ليست بإجارة، بل هي وصية مقيدة بالعمل، فإن عمل، وأنفذ الوصايا استحق الوصية وما لا فلا، وإذا قال: فلان وصيي إلى قدوم فلان، ثم الوصاية إلى فلان كان الأول وصيًا إلى وقت قدوم الثاني، ثم الوصاية إلى فلان الثاني لا إلى الأول.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن الأول هو الوصي وحده إلى قدوم الثاني، فإذا قدم الثاني، فهما جميعًا وصيّان؛ لأن تعليق الإذن بالشرط جائز، وتعليق الحجر به باطل كتعليق الوكالة بالشرط، وتعليق العزل به إلا أن في ظاهر الرواية قال: بأن الموصى أثبت ولاية الوصي في مدة مقدرة، فلا ينبغي بعد تلك المدة.

٢٠٨٠٨- وسئل الحسن بن أبي مطيع رحمه الله عمن أوصى إلى رجل، وجعله وصيًا متى شاء أن يخرج منها خرج قال: هو جائز، وله أن يخرج منها متى شاء.

٢٠٨٠٩- ولو كتب في كتاب الوصية: إن مت في سفري هذا، أو من مرضي هذا فإن فلانًا وصيّي، ثم عاد من سفره، أو برئ من مرضه، بطل الإيصاء، وإن لم يذكر هذا، فهو وصي كيف مات؛ لأن الأول مقيد، والثاني مطلق، إذا كتب إني أوصيت إلى فلان، أو كنت جعلت فلانًا وصيًا لأولادي، ولم يقل: بلسانه شيئًا، هل يصير ذلك الرجل وصيًا؟ ينظر إن كان المكتوب على رسم الكتابة، بأن كان مكتوبًا في الكتاب، أما بعد: فإني أوصيت إلى فلان أن يكون في توصية تامة مع أشياء أخر، يكون وصيًا، أما إذا كان على قطعة قرطاس لا يكون كما في الطلاق ونحوه، وإذا قال له: أنت وكيلي في جميع ما تركت بعد موتي، جعلته وصيًا له؛ لأن الوكالة والإيصاء ينبئان عن معنى واحد.

النوع السادس

فى بيان أن الإيصاء من قبل الأب لا يقبل التخصيص:

٢٠٨١٠- قال محمد رحمه الله: وإذا أوصى إلى رجل فى ماله، فهو وصية فى ماله وولده جميعًا، وهذا مذهبنا، وقال الشافعى رحمه الله: هو وصية فى ماله لا غير، ولقب المسألة أن وصى الأب فى نوع هل يكون وصيّا فى الأنواع كلها. حجة الشافعى رحمه الله فى ذلك أن الإيصاء توكيل بعد الموت، فيعتبر بالتوكيل حالة الحياة، ثم الوكيل حالة الحياة فى نوع يختص بذلك النوع، فكذا التوكيل بعد الموت.

حجتنا فى ذلك أن الوصى يشبه الوكيل من وجه، ويشبه الولى من وجه، أما يشبه الوكيل؛ لأنه يتصرف بحكم التفويض كالوكيل، ويشبه الولى من وجه؛ لأنه استفاد هذه الولاية بالموت، فكان كالجد الذى استفاد الولاية على حافده بموت ولده، فدلّ أنه بمنزلة الوكيل من وجه وبمنزلة الولى من وجه، والعمل بالأمرين فى كل حكم متعذر؛ لما نبين حكمهما من التنافى، فعملنا بكل واحد من الأمرين فى بعض الأحكام، فمن حيث إنه بمنزلة الوكيل توقف الحكم على قبوله ورده كالوكالة حالة الحياة، ومن حيث إنه بمنزلة الولى، وولاية الولى غير متجزئة عمت ولايته عملا بالشبهين بقدر الإمكان.

ولئن سلمنا أنها وكالة لكنه وجب القول بتعميمها ضرورة؛ لأنه متى أوصى إلى رجل فى ماله، وسكت عن الأولاد، يحتاج إلى نصب وصى آخر فى حق الأولاد، فكان إقامة هذا الوصى فى حق الأولاد، وقد رضى به الميت أولى من إقامة وصى آخر لم يرضَ به الميت بخلاف الوكالة حالة الحياة، فإنه لا ضرورة فيها إلى التعميم؛ لأنا متى لم نعمها إما أن يتصرف الموكل بنفسه فيما لم يفوض إليه، أو يفوض إلى آخر، فيكون الثانى وكيل الموكل كالأول، وههنا الميت عاجز عن تسوية أسبابه، فكان إقامة مختار الميت أولى من إقامة غيره، فلا ضرورة، قلنا بتعميم الإيصاء استحسانًا، وإن كان الإيصاء توكيلا.

٢٠٨١١- قال: وإذا أوصى بالمال العين إلى رجل، وأوصى بتقاضى الدين إلى رجل آخر، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إن كل واحد من الوصيين يصير

وصيّا في العين والدين جميعًا، وقال محمد رحمه الله: يصير كل واحد منهما وصيّا فيما أوصى إليه خاصة، هذا إذا لم يقل على أن لا يد لأحدهما على الآخر فيما للآخر، فأما إذا قال: على أن لا يد لأحدهما على الآخر فيما للآخر، حكى عن القاضي أبي الهيثم رحمه الله: أنه كان يقول: هذا الفصل أيضًا على هذا الخلاف، وقد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن كل واحد منهما يصير وصيّا فيما أوصى إليه خاصة، وكان رواية الحسن لم تبلغ أبا الهيثم.

لمحمد رحمه الله أن الإيصاء توكيل من وجه وإثبات ولاية من وجه، فيوفر على الأمرين حظهما بقدر الإمكان، فنقول: من حيث إنها ولاية متى خص نوعًا، ولم يوص إلى آخر في نوع آخر يصير وصيّا في الأنواع كلها، ويعتبر ولاية محضة في هذه الحالة، فتثبت غير متجزئة، ومن حيث إنها وكالة إذا أوصى إلى آخر في نوع آخر لا يصير وصيّا في النوع الذي أوصى إلى آخر، ويعتبر وكالة محضة في هذه الحالة عملا بالدليلين بقدر الإمكان.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في المسألة وجهان: أحدهما: أن الوصاية وكالة من وجه ولاية من وجه، فيوفر على الأمرين حظهما، فنقول: من حيث إنها وكالة يقف على قبوله ويرتد برده، ومن حيث إنها ولاية لا تقبل التجزئ والخصوص سواء، أوصى إلى آخر في نوع آخر، أو لم يوص عملا بالشبهين بقدر الإمكان.

الثاني: إن سلمنا أن الوصاية وكالة محضة، لكنه مع هذا وجب القول بالتعميم للضرورة، ألا ترى أنه إذا أوصى إلى إنسان في نوع، وسكت على ذلك، ولم يوص إلى غيره فيما عدا ذلك النوع يصير هذا الوصي وصيّا في الأنواع كلها، وإنما يصير وصيّا ثمة في الأنواع كلها للضرورة، وبيانه أنه لو لم يصر وصيّا في الأنواع كلها يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر في ما لم يوص إلى هذا الوصي؛ لأن الميت عاجز عن إقامة وصي آخر بنفسه، وكان إقامته هذا وصيّا فيما لم يوص إليه، وهو مختار الميت ومريضه في بعض أسبابه أولى، وفي مسألتنا إن لم يتحقق هذا النوع من الضرورة يتحقق نوع آخر، وبيانه أن العين قد تنقلب دينًا بأن يباع، أو يستهلكه إنسان، فتمى قصرنا الوصية على العين يحتاج إلى أن ينصب وصي آخر متى صار دينًا، وكذلك الدين

يصير عينًا بالقبض، فيحتاج إلى أن يأمر الآخر بالقبض، ويتوهم فى كل ساعة أن يصير العين دينًا والدين عينًا.

فلو قصرنا وصاية كل واحد منهما على ما فوض إليه احتاجا إلى أن يجتمعا آناء الليل والنهار، وإنه متعذر، وفيه حرج، فيمكن فيه نوع ضرورة من الوجه الذى قلنا، فوجب القول فى ذلك بالتعميم كما فى المسألة المتقدمة المختلفة بيننا وبين الشافعى رحمه الله.

وإذا جعل أحدهما وصيًا لبعض ولده، وجعل آخر وصيًا لبعض ولده، فهو على هذا الخلاف بين محمد رحمه الله وصاحبيه، وذكر هلال رحمه الله فى كتاب الوقف قول أبى يوسف مع محمد رحمهما الله.

٢٠٨١٢- وفى الفتاوى: وسئل أبو بكر رحمه الله عمن أوصى إلى رجل، فقال الرجل: إنى أقبل وصايتك فى إنفاذ ثلث مالك، ولا أقبل فى قضاء ديونك، فأجابه الموصى إلى ذلك، قال: إن لم يجعل الموصى قضاء ديونه إلى غيره، فالوصى يكلف جميع أمور الميت.

النوع السابع
فى الإيصاء إلى رجلين:

٢٠٨١٣- يجب أن يعلم بأن أحد الوصيين يتفرد ببعض التصرفات بالإجماع، وذلك تجهيز الميت وتكفينه ودفنه، وما يحتاج إليه ذلك، وشراء ما لا بد للصغار منه من الطعام والكسوة ورد الودائع والمغصوب والمشترى شراء فاسدًا وقضاء دين الميت، والخراج إذا كانت التركة من جنس الدين، وتنفيذ الوصية إذا كانت الوصية بشىء بعينه خارج من الثلث والخصومة وجمع الأموال الضائعة، وبيع ما يتسارع إليه الفساد وإعتاق عبد بعينه، وفيما عدا هذه الأشياء لايتفرد أحدهما بالتصرف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافًا لأبى يوسف رحمه الله، وذكر فى "الجامع الصغير" فصل التقاضى على هذا الخلاف أيضًا، قال مشايخنا رحمهم الله: التقاضى فى عرف ديار محمد رحمه

الله اقتضاء الدين واقتضاء الدين على الخلاف، وأما فى عرفنا: فالتقاضى هو المطالبة، وإنه بمعنى الخصومة، فيكون على الوفاق.

والوصية بشىء من أبواب البر ذكر الخصاف رحمه الله: أنه على هذا الخلاف أيضًا، وذلك بأن أوصى بأن يتصدق بشىء للمساكين ولم يعين مسكينًا، فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يتفرد أحد الوصيين بتنفيذها، قال شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله: كان مشايخنا رحمهم الله يظنون أن أحد الوصيين يتفرد بتنفيذ الوصية بشىء من أبواب البر بلاخلاف، وليس الأمر كما ظنوا بل المسألة على الخلاف كما ذكر الخصاف رحمه الله.

وكذلك فى حالة الحياة إذا وكل رجلين بهبة عين من أعيان ماله، ولم يعين الموهوب له لاينفرد أحدهما بالهبة، وإن عين الموهوب له فى هذه المسألة أو عين المتصدق[1] عليه فى المسألة الأولى[2] يتفرد أحدهما بذلك بالإجماع.

لأبى يوسف رحمه الله أن الوصى يشبه الوكيل من وجه، ويشبه الولى من وجه، فلشبهه بالوكيل يتوقف حكمها على القبول، ولشبه بالولى كان لأحدهما أن يتفرد بالتصرف عملا بالشبهين بقدر الإمكان.

ولهما أن الموصى رضى برأيهما، والراضى برأى المثنى لا يكون راضيًا برأى الواحد، فيشترط اجتماعهما إلا فيما لا يمكن، وفيما لا يحتاج فيه إلى دفع الوصى، وفيما فيه ضرورة وفى الخصومة لا إمكان؛ لأن القاضى لا يمكنهما أن يتكلما معا بين يديه؛ لأنه لا يفهم كلامهما، وفى قضاء الدين ورد الوديعة والمغصوب، وتنفيذ الوصية فى شىء بعينه لا حاجة إلى دفع الوصى، فإن لصاحب الحق أخذه من غير دفع الوصى، وفى شراء الكفن والدفن ضرورة؛ لأنه لو انتظر حضور الآخر ربما يفسد الميت، وكذا فى بيع ما يتسارع إليه الفساد ضرورة وكذا فى شراء الطعام للصغير؛ لأنه لو انتظر حضور الآخر يموت الصبى جوعًا عسى، وفى إعتاق عبد بعينه لا حاجة إلى الرأى.

ولو مات أحد الوصيين قال محمد رحمه الله: ينبغى للقاضى أن يجعل مكان

(١) وفى م "التصدق عليه".

(٢) وفى م "الثانية".

الميت وصيّا آخر، من مشايخنا رحمهم الله من قال: هذه على قولهما؛ لأن عندهما أحد الوصيين لايتفرد بالتصرف فيما عدا الأشياء المخصوصة، فعجز الحى عن التصرف، فلا بد من وصى آخر، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فأحد الوصيين يتفرد بجميع التصرفات، فالحى ما عجز عن التصرف، فلا حاجة إلى نصب وصى آخر.

ومنهم من قال: لا، بل ما ذكر فى الكتاب قول الكل، أما على قولهما: فظاهر، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فلأن فى نصب وصى آخر يحصل مقصود الموصى؛ لأن مقصوده من إيصاءه[1] إلى رجلين أن يكون كل واحد منهما مشرفًا على الآخر، حتى إذا همّ أحدهما بخيانة يستحيى عن صاحبه، فيترك ذلك، وإن لم يترك، فالآخر يأخذه على يده، ويرفعه إلى القاضى، ويخبره بالقصة، وهذا المقصود يفوت لو لم ينصب القاضى وصيّا آخر، فينصب وصيّا آخر لهذا لا لإمكان التصرف.

ثم اختلف المشايخ رحمهم الله فى محل الخلاف فى المسألة المتقدمة، منهم من قال: الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة، أما إذا أوصى إليهما جملة لا ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع، ومنهم من قال: الخلاف فيما إذا أوصى إليه جملة، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما على حدة، فينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع، وحكى عن الفقيه أبي بكر الإسكاف رحمه الله: أن الخلاف فى الكل واحد، وهو أقرب إلى الصواب؛ لأن أوان عمل الوصايا واحد.

ولو أوصى إليهما، وقال: فعل كل واحد منكما جائز، أو قال: كل واحد منكما وصى تام، قال ابن مقاتل وأبو القاسم: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالإجماع، وهو الصحيح.

٢٠٨١٤- وإذا أوصى إلى رجل فى تركته، وتنفيذ وصاياه، وأشرف على هذا الوصى رجلا، فظاهر المذهب عندهما أنهما يكونان وصيين، لا ينفرد أحدهما بالتصرف إلا فى الأشياء المعدودة عند أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف رحمهما الله، وعن أبي يوسف رحمه الله فى رواية أخرى: أن المشرف ينفرد بالتصرف، والوصى لا ينفرد، كتبت هذه المسألة فى شرح كتاب الحيل.

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل "انضيافه".

٢٠٨١٥- وسئل الفقيه أبو بكر رحمه الله عن من مات في يوم ثلج شديد، وله وصيّان، فلم يقدر المحتسبون على ما حمله، فاستأجر أحد الوصيين حمالين حتى حملوه إلى المقبرة، والوصي الآخر هناك ساكت، أو استأجر بعض الورثة، والوصيّان ساكتان، قال: الاستئجار جائز، وهو من جميع المال كشراء الكفن، وتأويل هذا إذا كان الأمر بحال لو اجتمع الوصيّان على الاستئجار تجوز الإجارة بأن كان يقدر على الحمل غير الذين استأجرهم فالمسألة معروفة أن الاستئجار لحمل الجنازة إنما تجوز إذا كان ثمة من يحمل الجنازة غير هؤلاء، والمسألة مرت في كتاب الإجارات.

٢٠٨١٦- وإذا اختلف الوصيّان في المال عند من يكون؟ فإن كان المال قابلا للقسمة، فإنهما يقتسمان، ويكون عند كل واحد منهما نصفه؛ لأنه يتعذر عليهما الاجتماع على حفظ الكل آناء الليل والنهار، فيكون لهما حق القسمة كما في المودعين إذا اختلفا في الوديعة عند من تكون والوديعة قابلة للقسمة، فإنهما يقتسمان، ويحفظ كل واحد منهما نصفه، والطريق ما قلنا.

وإن لم يكن المال قابلا للقسمة تهايؤا، وإن أحبا استودعا رجلا، يجوز بخلاف المودعين إذا أحبا أن يودعا رجلا حيث لا يكون لهما ذلك، والفرق أن المودع مأمور بأمر يتفاوت الناس فيه، وهو الحفظ، ولم يفوض إليه الرأى، والمأمور بما لا يتفاوت الناس فيه كالوكيل بالطلاق والعتاق إذا لم يفوض إليه الرأى والتدبير لا يملك أن يفوض إلى غيره، فالمأمور بما يتفاوت الناس فيه أولى، وأما الوصيّان فكل واحد منهما مأمور بالحفظ مع الرأى.

قياس المودع من الوصى أن لو فوض الرأى إلى المودعين، بأن أمرهما بالحفظ، وقال: الرأى إليكما، وهناك إذا أحبا أن يستودعا أجنبيًا كان لهما ذلك، فلا فرق بينهما من حيث المعنى، وإن أحبا أن يكون المال كله عند أحدهما، جاز، بخلاف المودعين لو أحبا أن يكون المال كله عند أحدهما حيث لا يجوز، والفرق أن كل واحد من المودعين مأمور بحفظ نصف الوديعة دلالة إذا كانت الوديعة شيئًا يحتمل القسمة، والثابت دلالة كالثابت نصًا، ولو قال لكل واحد منهما نصًا: احفظ أنت نصف الوديعة لا يكون لأحدهما أن يدفع نصفه إلى صاحبه؛ لأنه إنما رضى بأمانة كل واحد منهما في النصف لا

في الكل، كذا هنا، فأما ههنا فقد فوض إليهما الحفظ مع الولي، ألا ترى أن لكل واحد منهما أن يدفع نصيبه إلى الأجنبي، وإن لم يكن مختار الميت في الحفظ، فلا يكون له الدفع إلى صاحبه، وإنه مختار الميت.

قياس الوصيين من المودعين أن لو فوض الأمر إليهما وهناك لكل واحد منهما أن يدفع نصيبه إلى صاحبه، كذا هنا.

٢٠٨١٧- وإذا كانا وصيين لليتامى، فقاسم أحدهما، لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، إلا أن يكونا حاضرين، وإن كان أحدهما غائبًا إلا أن قاسم بإذنه، وعند أبي يوسف رحمه الله: يجوز؛ لأن في القسمة معنى البيع، فيعتبر بالبيع، ولو باع أحد الوصيين شيئًا من مال الصغير، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا أن يكونا حاضرين، أو كان أحدهما غائبًا، وفعل الحاضر بإذن الغائب، وعند أبي يوسف رحمه الله: يجوز كيف ما كان، فكذا القسمة.

٢٠٨١٨- وإذا أوصت المرأة إلى ابنها وزوجها بوصايا من عتق وصلة، وغير ذلك، وتركت ضيعة وثيابًا وحليًا، وخلفت ابنين رضيعين، فقال الزوج: أنا أنفذ وصيتها من خالص مالي، ولا أبيع الثياب والحلي، إن أنفذ الزوج هذه الوصايا بإذن الوصي الآخر وهو الأب، فما كانت من صلات ووصايا يحتاج فيها إلى شراء شيء، وقد فعله على أن يرجع به في التركة كان ذلك دينًا في التركة، وإن فعل ذلك على أن لا يرجع لم يجز عن الوصية، وما احتيج إليه من الصدقة من غير شراء، فلا يجرى من الوصية بوجه من الوجوه.

فإن أحب الزوج أن يبقى هذه الأعيان لأولاده، وينفذ الوصية من نفسه يهب من الصغار مالا، ثم يبيع الوصيّان مقدار الوصية من رجل، ويشترى الأب للصغار ذلك منه بعد التسليم بمثل ذلك الثمن أو أكثر، ثم ينقد ذلك المال فيه إلى البائع، ويقبضه الوصيّان من الثمن الضيعة، فينفذان فيه الوصية.

٢٠٨١٩- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": إذا أوصى الرجلين، فقبل أحدهما، وسكت الآخر، فقال الذي قبل للساكت بعد موت الموصي: اشتر للميت كذا، فاشترى، قال: هو قبول للوصاية. وفيه أيضًا: إذا أوصى لرجلين، وقال لهما:

ضعا ثلث مالى حيث شئتما، ثم مات أحد الوصيين، بطلت الوصية، ويرجع الثلث إلى ورثة الميت، ولو قال: قد جعلت ثلث مالى للمساكين، والمسألة بحالها، قال: يجعل القاضى وصيّا آخر، وإن شاء، يقول للباقى منهما: اقسم أنت وحدك، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: للآخر أن يتصدق وحده.

٢٠٨٢٠- وفيه أيضًا: سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجلين، بأن يشتريا من ثلث ماله عبدًا بكذا درهمًا، ولأحد الوصيين عبد قيمته أكثر مما سماه الموصى، هل للوصى الآخر أن يشترى العبد بما نص الموصى؟ قال: إن فوض الموصى إلى كل واحد من الوصيين أن يتفرد فى ذلك، فشراه من صاحبه جائز، وإن لم يفعل ذلك، باع صاحب العبد من أجنبى، وسلمه إليه، ثم يشتريان جميعًا للميت.

٢٠٨٢١- وفيه أيضًا: سئل أبو بكر رحمه الله عن من أوصى إلى رجل، وقال له: اعمل فيه برأى فلان، قال: هو وصى تام، وله أن يعمل بغير رأى فلان، ولو قال له: لا تعمل إلا برأى فلان، فالثانى هو الوصى، والأول وصى ناقص، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وبعضهم قالوا: كلاهما وصيّان فى الوجهين جميعًا، وقال بعضهم: الأول هو الوصى، وبه قال نصير، وقال أبو نصر رحمه الله: إن قال: اعمل فيه بأمر فلان، فهو الوصى خاصة، وإن قال: لا تعمل إلا بأمر فلان، فهما وصيّان، وهو أشبه بقول أصحابنا رحمهم الله، فإنهم قالوا: فيمن وكل آخر ببيع عبده، وقال: بعه بالشهود، فباعه الوكيل بغير شهود، جاز، وكذلك لو قال: بعه بمحضر فلان، فباع بغير محضر من فلان، يجوز، أو قال له: لا تبعه إلا بالشهود أو إلا بمحضر من فلان، فباع بغير الشهود، أو بغير محضر من فلان لا يجوز، وعلى هذا إذا قال للوصى: اعمل بعلم فلان، أو قال: لا تعمل إلا بعلم فلان.

٢٠٨٢٢- وإذا أوصى إلى رجلين، وقال لهما: ضعا ثلث مالى حيث شئتما، أو قال: أعطياه من شئتما، ثم اختلفا فى ذلك، فقال أحدهما: أعطيه فلانًا، وقال الآخر: أعطيه فلان آخر لم يكن لواحد منهما ذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافًا لأبى يوسف رحمه الله، وهذا لأن وضع المال تصرف يحتاج فيه إلى الرأى؛ لأن الثواب بتفاوت بتفاوت الفقير؛ لأن الفقراء يتفاوتون فى الاستحقاق والصلاح، ومن مذهبهما

أن أحد الوصيين لا يتفرد بالتصرف فيما يحتاج فيه إلى الرأى إلا فى أشياء معدودة على ما مر.

وهذا بخلاف ما لو قال لهما: أعطيا ثلث مالى فلانًا، فأعطاه أحدهما حيث يجوز؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى إذا كان المصروف إليه الثلث معينًا، فإن اتفقا بعد ذلك، ووضعا عند آخر جاز بخلاف ما إذا كان الوصى واحد، فوضعه عند بعض ورثته، ثم أراد أن يضع عند آخر لم يكن له ذلك؛ لأن تعيين الوصى إذا كان واحداً أمكن أن يجعل كتعيين الميت، ولو أن الميت عين الوصية فى بعض ورثته، لم يكن للوصى أن يضع عند غيره، فكذا إذا عينه الوصى، وأما إذا كان الوصى اثنين فلا يمكن أن يجعل تعيين أحدهما كتعيين الميت، فصار وجود التعيين من أحدهما والعدم بمنزلة، فكان لهما الوضع عند غيره -والله أعلم-.

النوع الثامن

فى الوصيين من جهة الأبوين وفى تصرف الأبوين وتعميم وصى الأم:

٢٠٨٢٣- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": جارية بين رجلين جاءت بولد، فادعياه جميعًا حتى يثبت النسب منهما، وصارت الجارية أم ولد لهما على ما عرف، ثم إنهما أعتقا الجارية واكتسبت اكتسابًا، ثم ماتت، وأوصت إلى رجل، ولم تدع وارثًا غير ابنها هذا، وهو صغير لم يبلغ كان ولاية التصرف فى مال الولد، وحفظه للوالدين لا لوصى الأم، أما ولاية التصرف فلأن وصى الأم قائم مقام الأم، وكان ولاية التصرف حال حياتها للأبوين لا للأم، فبعد وفاتها تكون الولاية للأبوين أيضًا لا لمن قام مقامها، وأما ولاية الحفظ فلأن المال محفوظ بولاية الأبوين تبعًا لولاية التصرف، فلا حاجة إلى إفراد ولاية الحفظ بالإثبات.

فإن غاب الوالدان الآن يظهر ولاية وصية الأم، فيثبت له ولاية الحفظ؛ لأنه مست الحاجة إليه، وللأم ولاية الحفظ على الصغير فى ماله فى هذه الحالة، فكذا لمن قام مقامها، ولكن إنما ثبت له الولاية فيما ورثه الصغير من الأم، وفيما كان للصغير قبل موت الأم لا فى مال يحدث للصغير بعد ذلك، وهذا لأن وصى الأم استفاد الولاية من

جهة الأم، فيتقدر ولايته بقدر ما كان للأم، والذى كان للأم هذا القدر، وكما تثبت له ولاية الحفظ، ثبت له ولاية كل تصرف هو من باب الحفظ، نحو بيع المنقول وبيع ما يتسارع إليه الفساد.

وإن غاب أحد الأبوين، والآخر حاضر، فكذلك الجواب عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن أحد الأبوين لا يتفرد بالتصرف[1] إلا فى أشياء معدودة على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فكان غيبة أحدهما كغيبتهما، فيثبت لوصى الأم ولاية الحفظ، وما كان من باب الحفظ.

وعند أبى يوسف رحمه الله: أحد الأبوين يتفرد بالتصرف، فكان حضرة أحدهما كحضرتهما، فتكون ولاية التصرف فى مال الصغير وحفظه للوالد الحاضر لا للوصى من جهة الأم، وجه قول أبى يوسف رحمه الله: إن سبب الولاية النسب، وإنه يثبت من كل واحد منهما كاملا؛ لأنه لا يتجزأ، ولهذا انفرد كل واحد منهما بالتزويج، ولهذا لو ماتا، يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، فقد تفرد كل واحد بسبب الولاية، فيتفرد بالولاية.

ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن الأب أحدهما على الحقيقة، والآخر أجنبى عن الحقيقة، ولهذا لو مات يرثانه ميراث أب واحد، فلو تفرد أحدهما بالتصرف ربما يكون المتصرف فى مال الصغير غير الأب، وإنه لا يجوز، وكان قضية ما ذكرنا أن لا يتفرد كل واحد بالتزويج، لكن تركنا هذه القضية لضرورة؛ لأن الإنكاح لا يتجزأ؛ لأن محله لا يتجزأ، فإذا دل الدليل على ثبوته لهما، وإنه لا يتجزأ يثبت لكل واحد منهما كملا ضرورة، هذه الضرورة معدومة فى التصرف فى المال؛ لأن التصرف فيه يتجزأ؛ لأن محله يتجزأ، فإذا دل الدليل على ثبوته لهما أثبتناه مشتركًا بينهما، وشرطنا اجتماعهما حتى لا يكون المتصرف فى مال الصغير غير الأب.

وإنما ورث هذا الابن كل واحد منهما ميراث ابن كامل، وورثا منه ميراث أب واحد باعتبار أن الأب أحدهما على الحقيقة، ولكن مع أن الأب أحدهما على الحقيقة، وكل واحد منهما أقر أنه ابنه وأنه أبوه، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح، ولنفسه

---

(١) وفى ظ "بالوصية".

باطل، ففيما يرجع إلى استحقاق الابن هذا إقرار على نفسه، فكان صحيحًا، فكان استحقاق الابن بحكم الإقرار، وقد أقر كل واحد منهما أنه ابنه، فكان له من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، فأما فيما يرجع إلى استحقاق الأب هذا إقرار لنفسه، فكان باطلا، فكان استحقاق الأب بناء على الحقيقة لا بحكم الإقرار، وفى الحقيقة الأب واحد، فيثبت استحقاق ميراث أب واحد، وليس أحدهما أولى من الآخر، فيكون ذلك بينهما.

ولو مات أحد الوالدين بعد موت الأم، ولم يدع وارثًا غير هذا الصغير، وأوصى إلى رجل، والوالد الآخر حاضر، فالميراث كله للصغير، وولاية التصرف فى التركتين للأب الباقى، لا لوصى الوالد الآخر الميت، ولا لوصى الأم؛ لأنا إنما أثبتنا أحكام الأبوة فى حقهما لمكان المزاحمة، وقد زالت مزاحمة الميت، والحى يدعى الولد، فتقرر الأبوة عليه، والأب أولى بالولاية من غيره.

فرق بين هذا وبين ما أوصى إلى رجلين، ثم مات أحدهما، وأوصى إلى غيره، فإن وصى الميت يزاحم الوصى الحى فى التصرف، والفرق أنه فى مسألة الوصيين الإيصاء من الوصى الميت قد صح؛ لأن بالموت لا يتبين أنه لم يكن وصيّا، فصح الإيصاء، وقام الوصى مقام الميت، وقد كان للميت حال حياته أن يزاحم الوصى الآخر فى التصرف، فكذا لمن أقام مقامه، وفى مسألتنا الإيصاء من الميت لم يصح؛ لأن بعد موت أحدهما يتعين الباقى أبًا، ويخرج الميت من أن يكون أبًا، فتبين أنه لم يكن للميت ولاية الإيصاء، فلا يثبت له من المزاحمة.

قال: ولا يضم القاضى إلى الوالد الباقى وصيًا ليتصرف معه، فرق بين هذا وبين الوصيين إذا مات أحدهما، فالثانى لا يتفرد بالتصرف عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله، بل يضم القاضى إليه وصيًا آخر ليتصرف هو معه، والفرق أن الأب يتصرف لمعنى فى نفسه، فإن الأبوة علة مقيدة لولاية التصرف، لكن لم يتفرد أحدهما بالتصرف حال حياتهما؛ لأن أحدهما لم يتعين، وبعد موت أحدهما يتعين الباقى أبًا، فتفرد بالتصرف.

وأما الوصى فلا يتصرف لمعنى فى نفسه، إنما يتصرف بحكم التفويض، والمفوض

لما فوض التصرف إلى المثنى، فقد رضى برأى المثنى، والراضى برأى المثنى لا يكون راضيًا برأى الواحد، فيضم القاضى إلى الحى وصيّا آخر ليكون المتصرف مثنى طلبًا لرضى المفوض بقدر الإمكان.

وإن كان الوالد الباقى غائبًا، كان لوصى الأم حفظ ما تركته الأم، وما كان من باب الحفظ؛ لأن وصى الأم قائم مقام الأم وقد كان للأم حفظ مال الصغير حال غيبة الوالد، فكذا لمن قام مقامها، وكان لوصى الوالد الميت حفظ ما تركه الوالد الميت، وما كان من باب الحفظ؛ لأن حكم الأبوة إن بطل بالموت، فولاية الحفظ لم تبطل، وهذا لأن بالموت إن تبين أن الميت لم يكن أبًا لا يتبين أن الصغير لم يكن فى عياله، فلا يتبين أنه لم يكن له ولاية الحفظ، فصح الإيصاء فى حق الحفظ إن لم يصح فى حق ولاية التصرف، وقام الوصى مقام الميت فى حق الحفظ، ولا يتعدى حفظ كل وصى إلى التركة الأخرى؛ لأن تعديته إلى التركة الأخرى باعتبار الولاية على الصغير، وليس لواحد من الوصيين ولاية مطلقة على الصغير.

وإن مات الوالد الباقى بعد ذلك، وأوصى إلى رجل، فوصيه يكون أولى بمال الصغير من وصى الأب الذى مات أولا، ومن وصى الأم؛ لأن الوصى قائم مقام الموصى، والوالد الباقى حال حياته كان أولى بمال الصغير، فكذا وصيه بعد وفاته، فإن كان للأب الذى مات أولا أبًا جد هذا الغلام، وباقى المسألة بحالها، فوصى الأب الذى مات آخرًا أولى بالتصرف فى مال الصغير، وكذلك لو كان للأب الذى مات آخرًا أبًا جد هذا الغلام، كان وصيه أولى من أبيه.

وإنما كان وصى الأب الذى مات آخرًا أولى من أبيه؛ لأن الوصى قائم مقام الموصى، وقد كان الأب الذى مات آخرًا حال حياته أولى من أبيه[1] فكذا من قام مقامه، وإذا كان أولى من أب الميت الذى مات آخرًا مع أنه استقرت أبوته بالموت، فلأن يكون أولى من أب الميت الذى مات أولا، وقد بطلت أبوته بالموت كان أولى.

وإن مات وصى الأب الذى مات آخرًا، وأوصى إلى غيره، وباقى المسألة بحالها، فوصيه أولى ممن سميناه؛ لأنه قائم مقام الموصى، وقد كان الموصى حال حياته

(١) وفى م "ابنه".

أولى، فكذا وصيه بعد الموت.

وإن مات وصى الأب الذى مات آخرًا، ولم يوص إلى أحد، وكان الأب الذى مات آخرًا لم يوص إلى أحد، وقد ترك الأب الذى مات أولا أبًا جد هذا الغلام ووصيًا، فإن الأب الذى مات أولا أولى من وصيه.

وفى هذا الفصل نوع إشكال وهو أن الذى مات أولا أبًا إن بطلت أبوته، وولايته بالموت، أو لم تبطل، إن بطلت تبطل الجدودة كما تبطل الوصاية، فكيف يمكن إثبات الولاية للجد، وإن لم تبطل كما لا تبطل الجدودة لا تبطل الوصاية، وإذا لم تبطل الوصاية، فقد اجتمع وصى الأب مع جد الغلام، فتكون الولاية للوصى.

والجواب أن نقول: أبوة الذى مات أولا بطلت فى حق الوصاية، أما لم تبطل فى حق الجدودة، بيانه: وهو أن السبب السابق كما أثبت الأبوة للأبوين أثبت الجدودة لأبويهما ثبوتًا واحدًا، وكانت ولاية الجد بسبب سابق قائم به وهو القرابة، لا بتفويض الأب، فلا تبطل ببطلان ولاية الأب، لكن لم تظهر ولاية الجد حال قيام الأب أو وصيه، فإذا ماتا ظهر ولايته، أما ولاية الوصى بسبب تفويض الأب لا بسبب قائم به، فإذا بطلت ولاية الأب، بطلت ولاية وصيه ضرورةً.

وإن مات الوالدان أحدهما قبل الآخر، ولكل واحد منهما أب، وأوصى كل واحد منهما إلى رجل، إن لم يعرف الذى مات أولا من الذى مات آخرًا، فولاية التصرف فى المال للوصيين جملة؛ لأنه لما لم يعرف الذى مات أولا من الذى مات آخرًا، يجعل كأنهما ماتا معًا، ولو ماتا معًا كان ولاية التصرف فى المال للوصيين؛ لأنه لم يظهر بطلان ولاية أبوة أحدهما لما ماتا معًا، فالإيصاء من كل واحد منهما حصل، وله ولاية الإيصاء، فصح، ونزل الوصيّان بعد موت الأبوين منزلة الأبوين حال حياتهما، وإن عرف الذى مات أولا من الذى مات آخرًا، فولاية التصرف فى المال لوصى الذى مات آخرًا؛ لأنه وصى أب استقرت أبوته، والآخر وصى أب بطلت أبوته على ما ذكرنا.

وإن مات هذا الوصى، ولم يوص إلى أحد، ومات الذى عرف موته آخرًا، ولم يوص إلى أحد، وباقى المسألة بحاله، فولاية التصرف فى المال للجدين لا ينفرد أحدهما

به بمنزلة الأبوين فى الابتداء بخلاف الوصيين، فإن وصى الأب الذى مات أولا لا يزاحم وصى الأب الذى مات آخرًا فى التصرف.

والفرق أن الوصى نائب عن الموصى استفاد الولاية من جهته، وبموت الذى مات أولا، بطلت ولايته، فلم يصح الإيصاء منه، فلم يصر مزاحمًا لوصى الذى مات آخرًا، فأما الجد أصل وليس بنائب، والولاية تثبت له بسبب القرابة أصالة لا بطريق الانتقال والتفويض وولاية الجدين قائمة للحال بصفة واحدة، فاستويا فى سبب الولاية، فزاحم كل واحد منهما صاحبه.

النوع التاسع

فى الوصى يوصى إلى غيره:

٢٠٨٢٤- الوصى إذا حضره الموت، فله أن يوصى إلى غيره مع أن الموصى لم يفوض إليه الإيصاء نصًّا؛ لأنه فوضه إليه دلالة، فإنه لما اعتمد عليه، وأمره بالتصرف فى حال لا يقدر هو على شىء مع علمه أن الوصى قد يعجز عنها بأسباب كان ذلك إذنًا له منه بإقامة غيره مقام نفسه عند عجزه عن التصرف بنفسه، وكذلك إذا وكل غيره فى حال حياته بشىء من أمور الصغير صح توكيله، كتبته فى وكالة هذا الكتاب وفى شرح الحيل أيضًا: أن الوصى يملك التوكيل.

٢٠٨٢٥- وإذا أوصى الوصى إلى رجل فى تركة نفسه، صح، وصار وصيًّا فى تركة موصيه أيضًا، وكذلك إذا أوصى إلى رجل فى تركة موصيه، صار وصيًّا فى تركة نفسه أيضًا عندنا، فالوصى فى نوع وصى فى الأنواع كلها عندنا، وعن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: أنه إذا قال: جعلتك وصيًّا فى تركتى، فهو وصى فى تركته خاصة، هكذا ذكر الإمام نجم الدين النسفى رحمه الله فى كتاب الحصائل.

النوع العاشر

فى بيان من يجوز الإيصاء إليه ومن لا يجوز:

٢٠٨٢٦- قال: إذا أوصى إلى عبده أو إلى عبد غيره، فهو على ثلاثة أوجه: إما أن تكون الورثة كبارًا كلهم، أو كانوا كبارًا وصغارًا، أو كانوا صغارًا كلهم، فإن كانوا كبارًا كلهم، أو كانوا صغارًا وكبارًا، فالوصية باطلة، هكذا ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير" وفى "الأصل"، وأراد بقوله: إنها باطلة، وإنها ستبطل حتى لو تصرف قبل الإبطال فى التركة بيعًا، أو ما أشبهه، ينفذ تصرفه، وتكون العهدة على الورثة، وهذا لما ذكرنا أن الوصى يشبه الوكيل من وجه، ويشبه الولى من وجه، فمن حيث إنه وكيل جوز الإيصاء إلى العبد، ومن حيث إنه بمنزلة الولى والعبد لا يصلح ولى غيره بحال لم يجعلها لازمة، وأثبتنا للقاضى إخراجه من الوصاية توفيرًا على الأمرين حظهما، وهذا كالوصية بالمال لما كان يشبه الهبة من وجه، ويشبه الميراث من وجه وفرنا على الأمرين حظهما، فقلنا: من حيث إنها هبة مادام القبول منه موهومًا لا يملك الوصاية كالموهوب له، ومن حيث إنه بمنزلة الميراث إذا وقع اليأس عن القبول بأن مات صار الموصى به ملكًا له فى آخر جزء من أجزاء حياته حتى يورث منه توفيرًا على الأمرين حظهما، فكذا ههنا.

وإن كانت الورثة صغارًا كلهم، فإن أوصى إلى عبد غيره، فالوصية باطلة، وإن أوصى إلى عبد نفسه، فالوصية جائزة فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إنها باطلة على التفسير الذى قلنا، وقول محمد رحمه الله مضطرب، ذكره فى بعض الروايات مع أبى حنيفة رحمه الله، وفى بعضها مع أبى يوسف رحمه الله، وأجمعوا على أنه لو أوصى إلى مكاتبه، أو إلى مكاتب غيره، إنه يجوز.

فأبو يوسف رحمه الله قاس الإيصاء إلى عبده على الإيصاء إلى عبد غيره، وقاس الإيصاء إلى عبده والورثة صغار على الإيصاء إلى عبده والورثة كبار، أو بعضهم كبار، والمعنى أن الوصى بمنزلة الوكيل من وجه والولى من وجه، فيجب العمل بالدليلين، فنقول: لكونه وكيلا يصح الإيصاء إلى العبد ومن حيث إنه بمنزلة الولى، والعبد لا يلى

غيره، ولا يقع لازمه، ولا يلزم المكاتب؛ لأن الوصى وكيل من وجه ولى من وجه، فإن نظرنا إلى الوكالة، فالمكاتب يصلح وكيلا من وجه، وليّا من وجه، وإن نظرنا إلى الولاية، فالمكاتب يصلح وليّا؛ لأنه يلى غيره بحكم الأبوة، فإنه يلى على ولده المولود فى الكتابة، والولد المشترى بخلاف العبد.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: فقد ذهب إلى أن الإيصاء توكيل من وجه ولاية من وجه على ما بينا، فكان الإيصاء ناقصًا فى نقل الولاية؛ لأنها بين الوكالة والولاية، وإذا كان ناقصًا فى إثبات الولاية لم يشترط لثبوت هذه الولاية ما يشترط للولاية المطلقة من الحرية، وإنما شرط لثبوت هذه الولاية الناقصة كون الوصى قادرًا على إقامة التصرف الذى فوض إليه، هذا كما قالوا: إن الوصية بالمال هبة من وجه إرث من وجه، فكان ناقصًا فى معنى الإرث، فلم يشترط لصحته ما يشترط لمطق الإرث حتى جوزوا وصية المسلم للذمى بالمال، وإن كان الذمى لا يرث من المسلم؛ لأنه ليس بإرث مطلق، بل ناقص فى معنى الإرث، فكذا الإيصاء وكالة وولاية، فكان ناقصًا فى معنى الولاية، فلا يشترط لثبوتها ما يشترط لثبوت الولاية المطلقة، بل يشترط لثبوتها كون الوصى قادرًا على إقامة ما فوض إليه بعد موته.

ألا ترى أنا جوزنا الإيصاء إلى المكاتب، وإن لم يكن المكاتب من أهل الولاية على الحر بحال؛ لأنه يقدر على إقامة ما فوض إليه من التصرف بعد موته، وإن كان يتوهم العجز فى الثانى بأن يعجز، قلنا: وعبده متى كان الورثة صغارًا كلهم قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرف للحال؛ لأنه ليس لأحد أن يمنعه من التصرف للحال، وإنما يتوهم العجز فى الثانى، بأن تبلغ الورثة، ولكن هذا لا يمنع جواز الإيصاء ولزومه، كما لو أوصى إلى مكاتبه، أو إلى مكاتب غيره، وليس كعبد غيره أو عبده، وفى الورثة كبار؛ لأنه عاجز عن إقامة ما فوض إليه من التصرف للحال، ونحن نشترط لصحة الإيصاء، ولزومه كون الوصى قادرًا على إقامة ما فوض إليه للحال.

فإن قيل: إذا أذن له المولى كان يجب أن يلزم.

قلنا: الإذن من المولى إعارة للعبد، والإعارة غير لازمة، فكان له أن يرجع، وقد خرج الجواب عما قال: إنها وكالة وولاية، قلنا: نعم ولاية ووكالة، فكان ناقصًا فى

معنى الولاية ، فيكفى لصحتها ولزومها كون الوصى قادراً على إقامة ما فوض إليه من التصرف .

٢٠٨٢٧- وإذا أوصى مسلم إلى ذمى ، فالوصية باطلة يريد ستبطل ، فإنه لو تصرف فى تركة الميت تصرفًا قبل أن يخرجه القاضى من الوصاية ، ينفذ تصرفه ، وهذا لما ذكرنا أن الإيصاء توكيل من وجه إثبات ولاية من وجه من الوجه الذى بينا ، فباعتبار الوكالة إن صحت ؛ لأن الذمى يصح وكيل المسلم كما فى حالة الحياة ، فباعتبار الولاية لا يصح ؛ لأنه لا ولاية للذمى على المسلم بحال من الأحوال ، فمن حيث إنها وكالة صحت ، وصار وصيّا ، ومن حيث إنها ولاية لا يلزم ، وكان للقاضى إخراجه من الوصاية ، وإن لم يظهر منه خيانة توفيراً على الأمرين حظهما بقدر الإمكان .

٢٠٨٢٨- وهذا بخلاف لو أوصى إلى عبد نفسه ، والورثة صغار كلهم ، فإن الوصية جائزة لازمة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، وإن لم يكن العبد من أهل الولاية على غيره بحال ، وذلك لما ذكرنا أن الإيصاء ناقص فى إثبات الولاية ، فيراعى لثبوتها ولزومها كون الوصى ، قادراً على إقامة ما فوض إليه من التصرف ، وأمينًا لا يخاف منه على مال الميت ، ومسلمًا لا يخاف منه إيقاع الورثة فيما لا يحل من العقود الفاسدة ، وقد وجد فى عبد نفسه إذا كان عدلا مسلمًا ، والورثة صغار كلهم هذه الأسباب ، فإنه قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرف ، وأمين لايخاف منه على مال الميت إذا كان عدلا ، ومسلم لا يخاف منه إيقاع الورثة فى الحرام ؛ لأنه لا يباشر من العقود ما هو محرم فى الشريعة إذا كان مسلمًا ، وإذا كان كذلك التحق العبد بالحر المسلم .

فأما الذمى فإن كان قادراً على إقامة ما فوض إليه من التصرف ، فإنه لا يمنعه أحد من التصرف فى تركة الميت ، ولا يخاف منه على المال إذا كان عدلا فى دينه إلا أنه يخاف منه إيقاع الورثة فى الحرام ، فإن الذمى يستبيح عقوداً هى محرمة فى الشريعة ، وكان توهم إيقاع الورثة فى الحرام موجوداً ، فكان للقاضى إخراجه عن الوصاية ، ولهذا كره علماءنا رحمهم الله توكيل المسلم الذمى فى البيع والشراء ؛ لأنه يوقعه فى الحرام عسى .

٢٠٨٢٩- وإذا أوصى مسلم إلى حربى مستأمن أو غير مستأمن ، فهى باطلة ، معناها ستبطل ؛ لأنه لو أوصى المسلم إلى الذمى ، فإن للقاضى أن يبطلها ، ويخرجه من

الوصاية، وإن كان الذمى منا داراً إن لم يكن منا ديناً مخافة إيقاع الورثة فى الحرام، فلا يكون له إخراج الحربى، وإنه ليس منا داراً ولا ديناً، ويتوهم منه إيقاع الورثة فى الحرام مع ذلك أولى وأحرى.

والذمى إذا أوصى إلى الحربى، فإنه لا يجوز؛ لأن الحربى من الذمى ينزل منزلة الذمى من المسلم، والمسلم لو أوصى إلى ذمى كانت الوصية باطلة، فكذا الذمى إذا أوصى إلى الحربى.

فإن قيل: المسلم إذا أوصى إلى الذمى إنما لم يجز؛ لأنه يتوهم منه إيقاع الورثة فى الحرام، وهذا المعنى معدوم هنا؛ لأن الحربى إنما يستبيح من العقود ما يستبيحه الذمى.

قلنا: إن كان لا يتوهم من الحربى إيقاع الورثة فى الحرام، فإنه يخاف منه على مال اليتيم لأنه يستبيح الحربى مال المسلم والذمى، فربما يأخذه، ويلتحق بدار الحرب، وإذا كان الحربى ممن يخاف منه على مال الذمى كان هذا عذراً للقاضى فى إخراجه عن الوصية، وكان كالمسلم الفاسق الذى يخاف منه على المال، فإن للقاضى أن يخرجه عن الوصاية، وينصب مكانه عدلا كافياً، فكذا هنا.

وإذا أوصى ذمى إلى ذمى كان جائزاً، ولا يخرجه القاضى عن الوصاية، أما الجواز فلأن الذمى يصلح أن يكون وكيلا للذمى ويصلح أن يكون ولى الذمى، فإن للذمى ولاية على الذمى، وإذا صح الإيصاء، فإنما يخرج عن الوصاية بعذر وهو أن يكون عاجزاً عن إقامة ما فوض إليه من التصرف، أو يخاف منه على المال أو يخاف منه الإيقاع فى الحرام، ولم يوجد شىء من هذه الأعذار فى إيصاء الذمى إلى الذمى فيجوز.

وأما إذا أوصى الذمى إلى مسلم فهو جائز، ولا يخرجه القاضى عن الوصاية؛ لأن المسلم يصلح أن يكون وكيلا للذمى ويجوز أن يكون للمسلم ولاية على الذمى.

وإن دخل حربى دارنا بأمان، فأوصى إلى مسلم جاز، ولا يخرج، فالمسلم يصلح أن يكون وصى الحربى؛ لأنه يصلح وكيلا له، ويجوز أن يكون للمسلم ولاية على الحربى، ألا ترى أنه لو شهد على الحربى جازت شهادته.

٢٠٨٣٠- وإذا أوصى الرجل إلى المرأة أو إلى الأعمى، فهو جائز؛ لأن كل

واحد منهما يصلح وكيلا ووليّا، وكذلك إذا أوصى إلى محدود فى قذف؛ لما قلنا، وإنما لا تقبل شهادته بعد التوبة لا لفسقه، ولكن حدّا على القذف.

٢٠٨٣١- وإذا أوصى إلى فاسق يخاف على ماله، فالوصية باطلة، وإن كان الفاسق يصلح أن يكون وكيلا ووليّا: لأنه يخاف منه على المال، وهذا عذر مطلق، فللقاضى إخراجه عن الوصاية، ولأن فى إبقاءه على الإيصاء ائتمان الخائن، وقد قال عليه السلام: «إن من أشراط الساعة أن يخون الأمين ويؤتمن الخائن»[1].

٢٠٨٣٢- وإذا أوصى إلى صبى، فالقاضى يخرجه عن الوصاية، وجعل مكانه بالغًا، هكذا ذكر الخصاف رحمه الله فى الكتاب، وإنما يخرجه عن الوصاية؛ لأنه لا يهتدى إلى التصرف، وهل ينفذ تصرفه قبل أن يخرجه القاضى من الوصاية كما ينفذ تصرف العبد والذمى؟ فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، منهم من قال: ينفذ؛ لأن الإيصاء إنابة مناب نفسه فى التصرف، وإنابة الصبى فى التصرف صحيح، ألا ترى أنه لو وكله صح، والدليل عليه أنه قال فى الكتاب: أخرجه القاضى من الوصاية، والإخراج للداخل يكون، وإذا دخل نفذ تصرفه، وهو الصحيح.

ومنهم من قال: لا ينفذ وهو الصحيح؛ لأن هذا توكيل وولاية، والصبى إن كان يصلح وكيلا لا يصلح وليّا؛ لأن هذا التصرف لا ينفك عن إلزام العهدة، ولا يمكن إلزام العهدة على الميت، ولا على الصبى؛ لأنهما ليسا من أهل لزوم العهدة عليهما، وبدون العهدة لا يمكن تنفيذ هذا التصرف بخلاف حالة الحياة؛ لأنه يمكن إلزام العهدة على الموكل وبخلاف العبد والذمى؛ لأنهما من أهل لزوم العهدة عليهما.

قال: ولو لم يخرج العبد والصبى والذمى القاضى من الوصية حتى عتق العبد، بلغ الصبى، وأسلم الذمى، فالعبد والذمى بقيا وصيين، ولا يخرجهما القاضى من الوصاية؛ لأن المانع من التقرير هو الكفر والرق، وقد زال ذلك، فلا يكون له حق العزل، وأما فى حق الصبى فقد اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يكون وصيّا،

(١) أخرجه أحمد فى "مسنده" ٢/ ١٩٩ (٦٨٧٢) والحاكم فى "المستدرك" ٤/ ٥٥٨ (٨٥٦٦) والبزار أيضًا فى "مسنده" ٩/ ٤١٠ (٢٤٣٥) ومعمر بن راشد فى "جامعه" ١١/ ٤٠٥، والطبرانى فى "الكبير" ١٠/ ٢٢٩ (١٠٥٥٥) وذكره الهيثمى فى "مجمع الزوائد" ٧/ ٣٢٣).

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون وصيًّا، وقول محمد رحمه الله كقول أبي يوسف رحمه الله، فأبو يوسف رحمه الله سوى بين العبد والذمي، وأبو حنيفة رحمه الله فرق، والفرق أن الصبي ليس من أهل الولاية، ومن أهل قول ملزم، فلم يصح هذا التفويض إليه أصلا، فأما العبد والذمي: فهما من أهل قول ملزم، لكن في حق العبد امتنع لمانع وهو حق المولى، فإذا زال حق المولى كان وصيًّا، هذه الجملة من "أدب القاضي" المنسوب للخصاف. قال شمس الأئمة أبو محمد عبد العزيز بن أحمد الحلواني رحمه الله: هذه المسألة بهذا الاختلاف لا توجد في "المبسوط"، وإنما هي مستفادة من جهة الخصاف رحمه الله، وذكر في كتاب الوكالة: أن من وكل صبيًّا بحال لا يعقل، ثم صار بحال يعقل البيع والشراء، فإنه يصح، ويصير وكيلا، واختلف المشايخ رحمهم الله فيه: منهم من جعل ذاك قول أبي يوسف رحمه الله وحده، ومنهم من جعل على الاتفاق، فلو كان هكذا كان لأبي حنيفة رحمه الله في هذا الفصل روايتان.

٢٠٨٣٣- وفي "نوادر إبراهيم" عن محمد رحمه الله: إذا أوصى إلى رجل، فقال: إن مت أنت، فالوصي بعدك فلان، فجنّ الأول جنونًا مطلقًا، فالقاضي يجعل مكانه وصيًّا حتى يموت الذي جنّ، فيكون الذي سماه الموصي وصيًّا، فقد ذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد رحمه الله: أوصى إلى ابن صغير له، قال: يجعل القاضي له وصيًّا، يجوز أمره، فإذا بلغ ابنه جعله وصيًّا، وأخرج الأول إن شاء، ولا يكون خارجًا إلا بإخراج القاضي.

النوع الحادي عشر

فيما يصانع الوصي في مال اليتيم مع السلطان الجائر:

٢٠٨٣٤- ذكر الخصاف رحمه الله في "أدب القاضي": السلطان إذا طمع في مال اليتيم، فصانعه الوصي ببعض مال اليتيم ليدفع ظلمه قال: إن كان يمكنه دفع الظلم من غير أن يعطي شيئًا، لا يجوز له أن يعطي، وإذا أعطى ضمن، وإن كان لا يمكنه دفع ظلمه إلا أن يعطيه شيئًا، جاز له الإعطاء، وإذا أعطى، لا يضمن.

٢٠٨٣٥- وفي "فتاوى النسفي رحمه الله" في مسائل الميراث: الوصي إذا طولب

بجباية دار اليتيم، وكان بحيث لو امتنع، ازدادت المؤنة، فدفع من التركة جباية داره، فلا ضمان عليه، وكان كالمصانعة، وهذا لأن الجباية فى هذا الزمان التحقت بالخراج. ولو دفع الوصى خراج أرض اليتيم من ماله لا يضمن، فكذا الجباية.

٢٠٨٣٦- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى امرأته، وترك ورثة صغاراً، فنزل سلطان جائر فى داره، فقيل لهذه المرأة: إن لم تعطه شيئًا استولى على العقار، فأعطته شيئًا من المال، قال: مصانعتها جائزة ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[1]، وفيه أيضًا: وصى مرّ بمال اليتيم على سلطان جائر، وهو يخاف إن لم يبره ينزعه من يده قبره من مال اليتيم، فلا ضمان عليه، وكذا المضارب.

قال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله: ليس هذا قول علمائنا رحمهم الله، إنما هذا قول ابن سلمة رحمه الله، وهو استحسان.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه جوز للأوصياء المصانعة فى أموال اليتامى، وإن كان ابن سلمة أخذ ذلك من رواية أبى يوسف رحمه الله، وكثير من المشايخ أخذوا بهذا القول، ونص الكتاب يشهد له، فإن الله تعالى يقول خبراً عن العبد الصالح: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَت لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا﴾[2] الآية، فقد جوز إحداث العيب فى مال اليتيم مخافة أخذ المتغلب منه، وبهذا يفتى.

٢٠٨٣٧- وسئل الفقيه أبو جعفر رحمه الله عمن مات وخلف ابنتين وعصبة، فطلب السلطان التركة، فغرم الوصى السلطان دراهم حتى ترك السلطان التعرض، كان ما أعطى من نصيب العصبة خاصة، أو من جميع الميراث قال: إن لم يقدر الوصى على تحصين التركة إلا بما غرم، فذلك محسوب من جميع المال، وهذا إشارة إلى أنه لا ضمان على الوصى فى فصل المصانعة.

٢٠٨٣٨- وسئل نصير رحمه الله عن وصى أخذه سلطان غالب أو متغلب على كورة، وسأله بعض مال اليتيم، وهدده، ودفع إليه، قال: لا ينبغى له أن يعطى، وإذا

(١) سورة البقرة: الآية٢٢٠.

(٢) سورة الكهف: الآية٧٩.

أعطى ضمن.

٢٠٨٣٩- قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إذا خاف الوصي على نفسه القتل، أو إتلاف عضو من أعضاءه، أو أخذ كل مال اليتيم، فدفع بعضه، فلا ضمان عليه، وإن خاف على نفسه الحبس دون القتل، أو علم أنه إنما يأخذ بعض مال اليتيم، ويبقى له قدر كفايته لا يسعه أن يدفع مال اليتيم، ولو دفع يضمنه، وهذا كله إذا دفع الوصي المال إلى السلطان بيده، فأما إذا كان السلطان بسط يده، وأخذه من غير دفع الوصي، فلا ضمان على الوصي، وكثير من مشايخنا رحمهم الله أفتوا بقول الفقيه أبي الليث رحمه الله.

٢٠٨٤٠- وفي إجارات "فتاوى الفضلي": وصي أنفق على باب القاضي في الخصومات من مال الصغير، فما أعطاه على وجه الإجارة لم يضمن إلى مقدار أجر المثل مع الغبن اليسير، وما أعطاه على وجه الرشوة يضمنه؛ لأنه أعطاه لا في جهة النظر، وذكر في موضع أن بذل المال لدفع الظلم عن نفسه وماله ليس برشوة، وبذل المال لاستخراج حق له على غيره رشوة.

النوع الثاني عشر

في الوصي ينتفع بمال اليتيم أو يستهلكه وما يتصل به:

٢٠٨٤١- في "المنتقى" قال إبراهيم: قلت لمحمد رحمه الله: الوصي أله أن يركب دابة اليتيم إلى بلد يتقاضى دينه؟ قال: لا، ولكن النفقة من مال الموصي، ويركب دابته يعني دابة نفسه، قال: وإن أبى القاضي حتى يعطيه ذلك أجزأ، وفي "فتاوى الفضلي": وصي يخرج في عمل اليتيم، فيستأجر دابة بمال اليتيم، وينفق على نفسه من مال اليتيم، قال: له ذلك فيما لا بد له منه.

٢٠٨٤٢- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله": قال نصير رحمه الله: للوصي أن يأكل من مال اليتيم، ويركب دابته إذا ذهب في حاجته، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا كان محتاجًا لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا...﴾ إلى قوله: ﴿فَلْيَأْكُلْ

بِالْمَعرُوفِ﴾[١]، وهذا استحسان بقدر ما يسعى فى ماله، والقياس أنه لا يجوز لقوله تعالى: ﴿إنّ الذينَ يَأكُلُونَ أموَالَ الْيَتَامى ظُلمًا﴾[٢]، من غير تفصيل، ولعل الآية الأولى صارت منسوخة بهذه الآية.

٢٠٨٤٣- سئل ابن مقاتل عن وصى أنفق مال اليتيم فى حاجة نفسه قال: لا يبرأ برده على اليتيم، ولا بقبضه من مال نفسه إلا أن يشترى لليتيم ما يجوز له شراءه، ثم يقول المشهود: كان لليتيم على كذا وكذا، فأنا أشترى هذا له، فيصير قصاصًا، ويبرأ عن الدين، وكذلك هذا الحكم فيما إذا استهلك الوصى مال اليتيم، وقال بعض المشايخ: لا يبرأ حتى يأتى الحاكم، فيخبره بالقصة، فيضمنه، ويأخذ الضمان منه، فحينئذٍ يبرأ إلا أن يتعذر عليه الرفع إلى الحاكم، بأن لا يجد القاضى، أو يخاف ظلمه، فحينئذٍ يشترى بمال نفسه شيئًا لليتيم.

٢٠٨٤٤- وفى "الواقعات": وصى أخذ مال يتيم فى حجره وأنفقه، ثم وضع له مثل ما أنفق لايبرأ إلا أن يكبر، فيدفع إليه، وذكر فى "النوازل" عن نصير رحمه الله: أنه يشترى للصغير شيئًا، ويعطى ثمنه من مال نفسه، فيبرأ -إن شاء الله تعالى-.

النوع الثالث عشر فى الوصى يقول: أنفقت على اليتيم من ماله كذا وكذا وما يتصل به من آداب الخراج وغير ذلك وما يصدق فيه وما لا يصدق:

٢٠٨٤٥- قال محمد رحمه الله: إذا قال الوصى لليتيم: أنفقت مالك عليك فى كذا وكذا سنة، فإنه يصدق فى نفقة مثله فى تلك المدة؛ لأنه أقر بما كان مفوضًا إليه؛ لأن نفقة مثله أمر لا بد منه لما أنه لا يعيش إلا به، وكان مفوضًا إليه، فهو أمين، وقول الأمين مقبول فيما لم يكذبه الظاهر، ولا يصدق فى الفضل على نفقة مثله؛ لأن ذلك ليس بمفوض إليه، والظاهر يكذبه، فلم يقبل قوله، ثم نفقة المثل ما تكون بين الإسراف وبين التقتير، قال الله تعالى: ﴿وَالذينَ إذَا أنفَقُوا لَم يُسرفُوا وَلَم يَقتُرُوا وَكَانَ بَينَ ذلِكَ

(١) سورة النساء: الآية٦.

(٢) سورة النساء: الآية١٠.

قَوَامًا﴾[١].

وكذلك لو قال الوصى: ترك أبوك رقيقًا، فأنفقت عليهم من مالك كذا وكذا، ثم إنهم ماتوا وأبقوا، وتلك النفقة نفقة المثل والصغير يكذبه، ويقول: إن أبى ما ترك رقيقًا، فالقول قول الوصى؛ لأنه أقر بما فوض إليه، وهو الإنفاق على رقيقه نفقة مثلهم لما فيه من إصلاح ملكه، والظاهر لا يكذبه؛ إذ الإنسان كما يترك عروضًا، قد يترك رقيقًا.

وكذلك لو قال الوصى: لم يترك أبوك رقيقًا، ولكن أنا اشتريت لك رقيقًا بمالك، وأديت ثمنهم من مالك، وأنفقت عليهم من مالك أيضًا، فهو مصدق فى ذلك كله؛ لأنه أقر بما فوض إليه، فكان مصدقًا فيه، ومتى جعلنا القول قوله فيما ذكرنا يحلف؛ لأن الأمين يحلف لمكان التهمة، هذا جواب الكتاب إلا أن مشايخنا رحمهم الله كانوا يقولون: لايستحسن أن يحلف الوصى إذا لم تظهر منه خيانة؛ لأن ذلك يصير سببًا لنفرة الناس عن قبول الوصايا.

٢٠٨٤٦- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: إذا ادعى الوصى أن والد الصغير ترك كذا وكذا من الغلمان، فأنفق عليهم كذا وكذا، ثم ماتوا، فإن كان مثل ذلك الميت، يكون له مثل ما سمى من الرقيق، فالقول قوله، وإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله: ولا يكون لمثله مثل ذلك الغلمان لم أصدقه.

٢٠٨٤٧- وإن ادعى الوصى أنه أعطى اليتيم فى شهر مائة درهم، وإنها فريضة، وإنه ضيعها، فأعطاها مائة أخرى فى ذلك الشهر، قال: أصدقه ما لم يجىء من ذلك بشىء فاحش يعنى يقول: أعطيته[٢] مرارًا كثيرةً فضيعها.

٢٠٨٤٨- عبد فى يدى رجل يدعيه أنه له، فقال الوصى لليتيم: إنى اشتريت هذا الغلام من هذا الرجل بألف درهم من مالك وقبضته، ودفعت الثمن إليه، وأنفقت عليه من مالك كذا وكذا فى مدة كذا قال: ثم إن هذا الرجل غلب على، فأخذه منى، وكذبه اليتيم، والذى فى يده العبد، فإنه يصدق الوصى فى حق براءته عن الضمان، أما

(١) سورة الفرقان: الآية٦٨.

(٢) هكذا فى الأصل، وكان فى ظ وف "أعطيه"، وفى م "أعطبته".

لا يصدق فى حق صاحب اليد من غير بينة حتى لا يؤخذ العبد منه ؛ لأنه فى حق ذى اليد إما مدع أو شاهد، والحكم لا يقع بالدعوى، ولا بشهادة الفرد، أما فى حق نفسه منكر للضمان : فيقبل قوله فى ذلك مع يمينه، وهو نظير الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فقال : اشتريته، ونقدت الثمن، ثم هلك عندى، فإنه يقبل قوله، ولو قال : اشتريت هذا العبد الذى فى يد هذا الرجل وقبضته، ونقدت الثمن، ثم غصبته من يدى هذا الذى فى يديه، فإنه يقبل قوله فى حق براءة نفسه، ولايصدق على ذى اليد، كذا هذا.

٢٠٨٤٩- ولو كان الميت ترك عبدًا، فقال الوصى بعد بلوغ التيم : إن عبدك هذا أبق، فجاء به رجل من مسيرة سفر فرده على، فأعطيته أربعين درهمًا، فالقول قول الوصى مع يمينه، ولايضمن شيئًا، وهذا قول أبى يوسف رحمه الله، وعلى قول محمد : لا يقبل قوله، ويضمن الجعل إلا أن يأتى ببينته على ما ادعاه.

فوجه قول محمد رحمه الله : إن الوصى أقر بما لم يفوض إليه، فلا يقبل قوله كما لو قال الوصى : إن عبدك قد جنى، ففديته من مالك كذا، وإنما قلناه، وذلك لأن المفوض إليه، ذلك أداء مال وجب بسبب فعل باشره غيره، وههنا الوصى أضاف وجوب الذى أقر به إلى سبب باشره الرادّ، وهو الرد لا إلى فعل نفسه، وذلك غير مفوض إليه، فلا يقبل قوله، ألا ترى أن فى حال الصغر لو أحضر الوصى رجلا إلى القاضى، وقال : إن هذا رد هذا العبد الذى هو لهذا اليتيم عندى، وقد رده عن مسيرة سفر، وعندى مال اليتيم، فأعطيته الجعل، فإن القاضى لا يأمره إلا ببينة، فكذلك بعد البلوغ.

وجه قول أبى يوسف رحمه الله : إن الجعل بمعنى العوض ؛ لأن الآبق هالك معنى، وإنما يجىء بالرد، فصار الجعل الواجب[1] بالرد كأنه عوّضه، ولهذا يجب على المكاتب والمأذون له، ولما كان بمعنى العوض كان كثمن البيع، فيصح جبره.

فأما ما ذكر من المسألة فمن مشايخنا رحمهم الله من قال : هى على هذا الاختلاف أيضًا، فعلى قول هذا القائل : لا حاجة لأبى يوسف رحمه الله إلى الفرق، ومنهم من

(١) وفى ظ "الفاحش".

قال: لا، بل على الوفاق، والفرق لأبى يوسف رحمه الله على قول هذا القائل: إن الجعل يشبه الأجر والثمن من وجه من حيث إن سلامة العبد كان برد الجعل، ويشبه الفداء من وجه من حيث إن العبد على قديم ملكه كما كان، ولا يستفيد المالك بما يؤدى شيئًا من الملك، فلشبهه بالفداء، قلنا: بأنه لا يصدق فيما يريد أداءه من مال اليتيم ولشبهه بالأجر والثمن، قلنا: بأنه يصدق فى حق نفى الضمان عن نفسه بعد[1] الأداء توفيرًا على الشبهين حظهما، ويجوز أن لا يصدق الإنسان فى قوله: إذا ادعى الاستحقاق من مال غيره، ثم يصدق فى حق نفى الضمان عن نفسه بعد الأداء كالوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه، فقال: اشتريت، وقبضت، وهلك عندى، يقبل قوله؛ لأنه ينفى الضمان عن نفسه بما يقوله، ولو لم يكن الثمن مدفوعًا إليه، فقال: اشتريت وهلك فى يدى لا يصدق فى حق إثبات الرجوع على الموكل، كذا هذا.

٢٠٨٥٠- قال: ولو كان الوصى قال له: مات أبوك، وترك هذه الأرض لك، وهى أرض خراج، فأديت خراجها إلى السلطان منذ عشر سنين كل سنة كذا، وقال الوارث: لم يمت أبى إلا منذ سنتين، فهو على الاختلاف الذى قلنا: فى الجعل، وكذلك إذا اتفقا أن أباه مات منذ عشر سنين، واختلفا فى أرض فيها ما لا يستطاع معه الزراعة، فقال الوارث: لم يزل كذلك، ولم يجب خراجها، وقال الوصى: إنما غلب عليها الماء للحال، وقد أديت خراجها عشر سنين، فهو على الاختلاف الذى قلنا، وأجمعوا على أن الأرض لو كان صالحة للزراعة يوم الخصومة لا ماء فيها، وباقى المسألة بحالها، إن القول قول الوصى مع يمينه.

فوجه قول محمد رحمه الله: إنه أقر بما ليس بمفوض إليه؛ لأنه أضاف وجوب المال الذى أقر به فى مال الصغير إلى ما ليس من فعل الوصى؛ لأنه أقر بوجوب الخراج فى ماله، والخراج إنما يجب لإرث هذا الصغير من مورثه أرضًا خراجية، ولسلامة الخارج له من الأرض حكمًا أو حقيقة كل ذلك ليس من فعل الوصى بخلاف ما إذا كانت الأرض صالحة للزراعة وقت الخصومة؛ لأن هناك ثبت صلاحية الأرض للزراعة فيما مضى قبل الخصومة بظاهر الحال، والثابت بظاهر الحال كالثابت بالبينة حال عدم البينة،

(١) وفى م "بقدر".

والوصى لو أقام البينة على ما ادعى، يصدق فى المواضع أجمع، كذا هنا، وهو نظير المستأجر مع رب الرحى إذا اختلفا فى انقطاع الماء فى المدة بحكم الحال، كذا ههنا.

وأبو يوسف رحمه الله يقول: بأن الخراج بمنزلة البدل عن الغلة، ولهذا قال محمد رحمه الله فى كتاب العشر والخراج من "المبسوط": إن الغلة إذا أدركت كان للسلطان أن يحبسها حتى يستوفى الخراج من صاحب الأرض؛ لأنه استفاد الغلة من جهة السلطان، حيث دفع العدو عن أرضه خارج المصر، حتى سلمت له غلة أرضه، وإذا كان الخراج بمنزلة البدل من الغلة، فالوصى بإقراره بأداء الخراج من ماله أقر، أنه أعطى شيئًا من مال الصغير، وأخذ بإزاءه بدلا يعادله وهو الغلة، وكان الخراج من هذا الوجه بمنزلة ضمان الشراء، فيكون الوصى مقبول القول فيه.

٢٠٨٥١- ولو قال الوصى لليتيم: إنك استهلكت على هذا الرجل فى صغرك كذا وكذا فقضيته[1] عنك، وكذبه اليتيم فى ذلك كله، فالقول قول اليتيم، والوصى ضامن عند الكل؛ لأنه أقر بأنه أعطى من مال الصغير شيئًا من غير عوض يعادله، وهذا ليس بمفوض إليه، ولا هو من جنس ما فوض إليه، فلا يقبل قوله إلا بحجة، وكذلك لو قال الوصى: إن القاضى فرض لأخيك الأعمى هذا عليك فى مالك كل شهر كذا، وأديته إليه من مالك منذ عشر سنين، وقال الوارث: لم يقضِ أحد من القضاة على بشىء مما قلت، فالقول قول الوارث، والوصى ضامن فى قولهم جميعًا؛ لأنه أقر بإعطاء شىء من مال الصغير من غير أن يستفيد بمقابلته شيئًا، فلم يكن مفوضًا إليه، ولا من جنس المفوض إليه.

٢٠٨٥٢- ولو قال الوصى لليتيم: إن عبدك هذا قد أبق إلى الشام، فاستأجرت رجلا، فجاء به من الشام بمائة درهم، فأعطيت الأجر، وأنكر اليتيم ذلك، فالقول قول الوصى فى قولهم جميعًا، أما عند أبى يوسف رحمه الله: فلأنه لو لم يقر بالاستئجار، وقال: دفعت جعل الراد كان مصدقًا مع أن وجوب ذلك، لم يكن بفعل باشره الوصى، فإذا أقر ههنا بالاستئجار لأن يصدق، ووجوب الأجر كان بفعل باشر الوصى للصبى كان أولى، وأما عند محمد رحمه الله: فلأن الأجر إنما يجب بفعل الوصى وهو

(١) هكذا فى ظ وف، وفى م "فغصبته عنك"، وكان فى الأصل "وقبضه".

الاستئجار، ولهذا كان الوجوب على الوصى؛ لأنه هو العاقد، وما يجب بسبب فعل وجد من الوصى للصبى كان الوصى مصدق فى ذلك كثمن المبيع ونحوه بخلاف الجعل، فإنه إنما يجب بسبب لم يباشره الوصى، وفى مثل هذا لايكون مصدقًا.

ولو قال الوصى فى هذا كله: إنما أديت ذلك من مالى لأرجع به عليك، وكذبه اليتيم، فإن الوصى لا يصدق فى قولهم جميعًا إلا ببينة؛ لأن قول الأمين إنما يقبل فى دفع الضمان عن نفسه، لا فى حق استحقاق الضمان، ففيما تقدم حاجة الوصى إلى دفع الضمان، فيقبل قوله، وهنا حاجته إلى استحقاق الدين على الوارث، فلا يقبل قوله إلا ببينة، وهو نظير الوكيل بالشراء إذا قال: اشتريته وقبضته، فهلك عندى إن كان الثمن مدفوعًا إليه يقبل قوله، وإن كان غير مدفوع إليه لا يقبل؛ لأن فى الوجه الأول حاجته إلى دفع الضمان عن نفسه، وفى الوجه الثانى حاجته إلى استحقاق الضمان، فكذا فيما تقدم.

ومما يتصل بهذا النوع:

٢٠٨٥٣- ذكر ابن سماعة فى "نوادره" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا أنفق الوصى على اليتيم من مال نفسه، ومال اليتيم غائب، فهو متطوع إلا أن يشهد أنه قرض عليه، أو أنه يرجع فى ماله، فحينئذٍ له أن يرجع، وفى "واقعات الناطفى رحمه الله": الوصى إذا اشترى للصغير كسوة، أو ما ينفق عليه لا يكون متطوعًا من غير فصل.

٢٠٨٥٤- إذا اشترى الوصى كفن الميت، ونقد الثمن من مال نفسه، كان له أن يرجع بذلك فى مال الميت؛ لأن الوصى وكيل الميت بالشراء، فيعتبر بوكيل الحى بالشراء، ووكيل الحى بالشراء، إذا اشترى لموكله، ونقد الثمن من مال نفسه، كان له أن يرجع بما نقد على موكله، فكذا هذا.

وكذا لو قضى دين الميت من مال نفسه، رجع بما قضى فى مال الميت؛ لأنه وكيل الميت بقضاء الدين، فيعتبر بوكيل الحى، ووكيل الحى بقضاء الدين إذا قضى الدين من مال نفسه رجع بما قضى على الموكل، كذا ههنا.

٢٠٨٥٥- وفى دعوى "فتاوى الفضلى": رجل مات عن امرأة وأولاد صغار وكبار، أوصى إلى امرأته، فاحتاج الصغار إلى النفقة لمنازعة وقعت فى القسمة، فأنفقت على الصغار لترجع فى مالهم بعد القسمة، إن أشهدت عند الإنفاق أنها إنما تنفق؛ لترجع، رجعت، وإلا فلا؛ لأن الغالب من شفقة الوالدين أنهم يقصدون بما ينفقون على أولادهم البر والصلة، والمسألة مذكورة فى الوالد إذا قضى مهرًا على ابنه الصغير أنه لا يرجع إن لم يشهد.

٢٠٨٥٦- وفى "النوادر": أن الوالد إذا اشترى لولده الصغير، وأدى الثمن من مال نفسه ليرجع فى مال ابنه إن لم يشهد عند أداء الثمن، لم يرجع، وفرق بين الوالد وبين الوصى، فكذا يفرق بين الوالدة إذا كانت هى الوصية، وبين أن تكون الوصية غيرها من النساء.

٢٠٨٥٧- وصى أنفق مال اليتيم على اليتيم فى تعليم القرآن والأدب، فإن كان الصبى يصلح لذلك جاز، والوصى مأجور فى ذلك، وإن كان الصبى لا يصلح لذلك لا بد من أن يتكلف له شيئًا مما يقرأ به فى صلاته، وينبغى للوصى أن لا يضيق فى النفقة على الصبى، بل يوسع عليه لا على وجه الإسراف، وذلك يتفاوت بقلة مال الصبى وكثرته، فينظر إلى ماله، وينفق عليه بحسب حاله؛ لأن تمام النظر للصبى فيه.

٢٠٨٥٨- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": الوصى إذا أنفذ الوصية من مال نفسه قبل أن كان وارثًا يرجع، وإلا فلا، وقيل: إن كانت الوصية للعباد يرجع؛ لأن لها مطالبًا، وإن كانت الوصية لله تعالى لا يرجع، وقيل: يرجع على كل حال، وهو قول ابن سلمة، وبه يفتى.

النوع الرابع عشر
فى الوصى يبيع شيئًا من التركة ثم يستحق المبيع من يد المشترى وما يلزمه من الغرامة بسبب عمل عمله للميت:

٢٠٨٥٩- قال محمد رحمه الله: إذا أوصى بأن يباع عبده، ويتصدق بثمنه على

المساكين، حتى صحت الوصية على ما مر قبل هذا، فباع الوصى العبد، وقبض الثمن، وهلك الثمن فى يده، ثم استحق العبد من يد المشترى، ضمن الوصى الثمن للمشترى؛ لأنه عاقد ملتزم للعهدة، ثم رجع الوصى فى جميع ما تركه الميت، هكذا ذكر المسألة فى "الجامع الصغير" وهو جواب ظاهر الرواية، وعن محمد رحمه الله: أنه يرجع فى ثلث تركة الميت؛ لأنه من باب الوصية، ويبيع لها، فألحق بها، وتقيد بمحلها، وجه ظاهر الرواية أن الوصى إنما استحق الرجوع؛ لأنه عمل للميت فى تنفيذ وصيته، فكان الموصى ضامنًا له لما يلحقه من الدرك بسبب هذا العمل دلالة، حتى يعمل ذلك له؛ لأنه لو لم يضمن لم يعمل له، فإذا لحقه الضمان، وثبت له حق الرجوع، صار دينًا على الموصى، ومحل دين الميت كل المال إلا الثلث، وإن هلكت التركة، لا يرجع على أحد، لا على الورثة، ولا على المساكين إن كان قد تصدق بالثمن على المساكين؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت.

ولو قسم الوصى التركة، فأصاب صغيراً من الورثة عين[1] فباعه، وقبض ثمنه، فهلك، ثم استحق العبد يرجع المشترى بالثمن على الوصى ورجع الموصى به فى مال الصغير؛ لأنه باعه له ويرجع الصغير بحصته على الورثة لبطلان القسمة.

٢٠٨٦٠- وفى "المنتقى": إذا أوصى رجل إلى غيره، فأمره أن يبيع عبده هذا، ويتصدق بثمنه على المساكين، ففعل الوصى ذلك، ثم استحق العبد من يد المشترى، ورجع المشترى بالثمن على الوصى، لم يرجع الوصى فى مال اليتيم بشىء، وإنما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن، والقياس هكذا يقتضى؛ لأن غنم تصرف الوصى يعود على المساكين، فغرمه، يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية "الجامع الصغير"، وجه رواية "الجامع الصغير": أن الميت أصل فى غنم هذا التصرف وهو الثواب، والفقر تبع.

٢٠٨٦١- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: رجل ترك ثلاثة آلاف درهم، وأوصى إلى رجل أن يعتق عنه نسمة بألف درهم، فاشتراها الوصى بألف درهم، وأعتقها، ثم استحقت، فلا ضمان على الوصى، ولو ظهر أنه حر، فالوصى

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "عبد".

ضامن، وروى أيضًا هشام عن محمد رحمه الله: فى رجل مات، وعليه ألف درهم، ولم يترك إلا عبدًا، فباعه الوصى بدون أمر القاضى، وقبض ثمنه، فضاع عنده، ثم استحق العبد، ورجع المشترى على الوصى، فالوصى لا يرجع على الغريم بشىء إلا أن يكون الغريم قال للوصى: بعه واقضِ، فإن قال: ذلك، يرجع الوصى على الغريم.

٢٠٨٦٢- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا ترك الميت عبدًا لا مال له غيره وعليه ديون، فباع الوصى العبد بأمر الغرماء بأن طلبوا ديونهم، واستعدوا على الوصى، وقضى الثمن فى دينهم، ثم استحق العبد من يد المشترى، رجع المشترى على الوصى، والوصى على الغرماء، وكذلك لو كان الغرماء استعدوا على الوصى وخاصموه إلى القاضى فى ديونهم، فأمره القاضى، فباع العبد لهم فى ديونهم ودفع الثمن إليهم بأمر القاضى، ثم استحق العبد من يد المشترى رجع المشترى على الوصى والوصى على الغرماء، وجعل بيع الوصى للغرماء كبيع الغرماء بأنفسهم.

٢٠٨٦٣- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: رجل مات وعليه ديون، فباع وصيه رقيقه للغرماء، وقبض الثمن، فضاع عنده، ومات بعض الرقيق فى يد الوصى قبل أن يسلم إلى المشترى، فإن المشترى يرجع بالثمن على الوصى والوصى يرجع على الغرماء، أمروه بالبيع أو لم يأمروه؛ لأنه باع لهم، فرق بين هذا وبينما إذا استحق العبد من يد المشترى، وقد ضاع الثمن فى يد الوصى، ورجع المشترى بالثمن على الوصى، فالوصى لا يرجع على الغرماء إلا إذا أمروه بالبيع.

ولو كان الغرماء قالوا للوصى: بع رقيق فلان الميت، فباع واستحق العبد من يد المشترى، وقد ضاع الثمن فى يد الوصى، فالوصى لا يرجع بالثمن على الغرماء، ولو كانوا قالوا: بع عبد فلان هذا، رجع بالثمن عليهم؛ لأنهم غروه فيه إلا أن يكون الثمن أكثر من دينهم، فلا يرجع عليهم بأكثر من دينهم، ولو لم يكن على الميت دين، ولكن الوصى باع الرقيق للورثة الكبار، فهم فى جميع هذه الوجوه بمنزلة الغرماء، وإن كانوا صغارًا، لم يرجع فى الاستحقاق عليهم أمروه بالبيع، أو لم يأمروه؛ لأن أمر الصغير وجوده وعدمه بمنزلة بخلاف أمر الكبير.

فإذا ادعى الوصى دينًا للميت على رجل، فقال المدعى عليه: قد قضيت الميت

وبينتي غيب، فقضى القاضي بالمال على المدعى عليه، وأمره بالدفع إلى الوصي، فدفعه إليه، فقضى الوصي من ذلك ديون الميت، وأنفذ منه وصاياه من حج، وعتق نسمة، ودفع الباقي إلى الورثة، ثم أقام الغريم بينة أنه قضى الميت دينه، فإن كان الموصى بعد ما أثبت وصايته، أمضى هذه الأشياء بغير أمر القاضي، رجع المدعى عليه بالمال كله على الوصي، ورجع الوصي على الغريم، وعلى صاحب الحج، والوارث بمال دفع إليهم، ولا يرجع على المعتق؛ لأن العتق وقع عن الموصي، وإن كان قد أمضى هذه الأشياء بأمر القاضي، لم يرجع المدعى عليه على الوصي بما أنفق في الحج، ولا بالدين الذي قضاه عن الميت، ويرجع عليه بما نفده في ثمن المعتق، علل، فقال: لأنه لو لم يعتقه بعد ما اشتراه كان الشراء له يعني للوصي، فيقع العتق على الوصي، فيضمن ما اشتراه به، ومعنى هذا التعليل أن بعد إقامة المدعى عليه البينة على ما ادعى، تبين أن الوصي ما اشترى العبد للميت إنما اشتراه لنفسه، ونقد في ثمنه مال الصغير، فيضمن ذلك له - والله تعالى أعلم- .

النوع الخامس عشر

في الوصي يجد العيب فيما قد اشتراه الميت حال حياته:

٢٠٨٦٤- قال محمد رحمه الله في "الجامع الكبير": رجل اشترى عبداً بألف درهم، وقبض العبد، ولم ينقد الثمن حتى مات، وأوصى إلى إنسان، وعلى الميت سوى الثمن ألف درهم أخرى دين، ولا مال له سوى هذا العبد، فوجد الوصي بالعبد عيبًا، فرده به بغير قضاء، فإنه جائز، وليس للغريم نقضه؛ لأن حق الغريم في مالية العبد، وبالرد بالعيب لا يفوت شيء من مالية، ولأن الرد بالعيب بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث، فصار في حق الغريم كأن الوصي باع هذا العبد من رجل آخر، وذلك جائز، فههنا كذلك، ويرجع الوصي على البائع، فيأخذ منه نصف الثمن، ويعطيه إلى الغريم الآخر؛ لأن هذا الرد من الوصي اعتبر بيعًا جديداً في حق الغريم، ولما كان هكذا وجب على المردود عليه بالعيب الثمن للميت، وله على الميت مثل ذلك، فيلتقيان قصاصًا، والدينان إذا تقاصّا، صار آخرهما قصاصًا لأولهما، ولما كان هكذا، صار

الوصى مؤثرًا بعض الغرماء، وإنه لا يجوز، فيرجع عليه بنصف الثمن، ويصرفه إلى الغريم تحقيقًا للتسوية بين الغرماء، وإن توى الثمن على البائع، فلا ضمان على الوصى للغريم؛ لأن هذا الرد لما اعتبر بيعًا جديدًا فى حق الغريم، صار كأن الوصى باعه من رجل، وتوى الثمن عليه، وهناك لا يضمن، فكذا ههنا.

فرق بين هذا وبينما إذا باع الوصى هذا العبد من رجل آخر بألف درهم، وقبض ثمنه، ودفعه إلى البائع حيث يضمن للغريم الآخر، والفرق أنه لما باعه من غيره، وقبض ثمنه تعلق حق كل واحد من الغريمين به، فهو بالدفع إلى أحدهما يصير متلفًا على الآخر حقه، والحق فى إيجاب الضمان ملحق بالحقيقة، فكان له أن يضمنه، أما ههنا الوصى لم يقبض شيئًا إنما باشر الرد بالعيب، وإنه بيع جديد فى حق الغريم، وله ولاية البيع، فلم يوجد سبب الضمان، فلا يضمن.

قال مشايخنا رحمهم الله: وهذا هو الحيلة للوصى إذا أراد أن يقضى دين غريم الميت، وخاف ظهور دين آخر على الميت أن يبيع شيئًا من مال الميت من غريم بما للغريم على الميت من المال، فلا يضمن إذا ظهر دين آخر، فلو أن الوصى حين أراد الرد بالعيب، لم يقبله البائع حتى خاصمه الوصى إلى القاضى، فإن كان القاضى يعلم بدين الغريم الآخر، لا يرد العبد بالعيب، بل يبيعه، ويقسم ثمنه بينهما؛ لأن فيه إبطال حق الغريم الآخر؛ لأن الرد بالعيب بقضاء فسخ من كل وجه، فيبطل البيع، ويعود إلى الأصل، فيسقط الثمن، ولا يصل إلى الغريم شىء.

ولا يضمن البائع نقصان العيب، لا قبل بيع القاضى ولا بعده، أما بعد بيعه: فلأن بيعه حصل للميت، فكأن الميت حى، وباع بنفسه، وأما قبل بيع القاضى فلأن امتناع الرد لمعنى من جهة المشترى، وهو اكتسابه بسبب وجوب الدين للغريم الآخر، وامتناع الردّ لمعنى من جهة المشترى لا يثبت حق الرجوع بنقصان العيب، وإن لم يعلم القاضى بدين غريم آخر رده على البائع، وسقط الثمن عن البائع لانفساخ البيع من كل وجه.

فإن أقام الغريم الآخر بعد ذلك بينة على دينه خير القاضى البائع بين أن يمضى الرد، ويضمن للغريم الآخر نصف الثمن وبين أن ينقض الرد، ويرد العبد حتى يباع فى

دينهما؛ لأنه لما ظهر دين الغريم الآخر تعذر تصحيح هذا الرد من القاضى بطريق الفسخ؛ لما فيه من إبطال حق الغريم الآخر، فصححناه بيعًا جديدًا فى حق الغريم الآخر كيلا يبطل هذا الرد، وأمكن تصحيحه بيعًا جديدًا لوجود معنى البيع فيه، وهو التمليك والتملك إلا أن البائع كان مجبرًا على القبول، وكان فى معنى المكره على الشراء، والمكره على الشراء يجبر.

النوع السادس عشر
فى مسائل الديون:

هذا النوع يشتمل على ستة أقسام:

الأول: فى قضاء الوصى ديون الميت:

٢٠٨٦٥- قال: وإذا وجب على الميت دين بقضاء القاضى، وقضى الوصى ذلك، ثم لحق الميت بعد ذلك دين آخر، بأن كان حفر بئرًا فى حياته، ثم وقع فيها دابة حتى صار ذلك دينًا على الميت، أو كان باع الميت سلعة فى حال حياته، فوجد المشترى بها عيبًا بعد وفاة الميت، فردها على الوصى حتى صار ثمنه دينًا على الميت، هل يضمن الوصى للثانى شيئًا؟ فهذا على وجهين: إما أن دفع الوصى إلى الأول بأمر القاضى، أو دفع بغير أمره، فإن كان دفع بأمر القاضى، فلا ضمان عليه، ولا على القاضى، ولكن الثانى يتبع الأول، فيشاركه فيما قبض بقدر دينه إن كان قائمًا، وإن كان هالكًا فى يده، يضمن القابض حصته من المقبوض، أما لا يضمن الوصى للثانى، وإن ظهر أنه صار دافعًا بعض حقه إلى الأول بغير أمره؛ لأنه كان مكرهًا على الدفع إلى الأول من جهة القاضى، فصار دفعه منقولا إلى القاضى، فصار كأن القاضى دفع بنفسه، فلم يكن على الوصى ضمان لهذا، ولا ضمان على القاضى، وإن ظهر أنه أخطأ فيما قضى، فإنه آثر بعض غرماء الميت على البعض، وليس للقاضى ذلك؛ لأن القاضى متى أخطأ فى قضاءه، فإن قرار الضمان يكون على من وقع القضاء له؛ لأنه كان عاملا للمقتضى له، والمقتضى له الغريم الأول، فيكون قرار الضمان على الغريم الأول، فيتبع الثانى الأول دون القاضى.

هذا إذا دفع الوصى إلى الأول دينه بأمر القاضى، وأما إذا دفع إلى الأول بغير أمره، كان للثانى أن يضمن الوصى حصته من المقبوض إن شاء؛ لأنه دفع حق الثانى إلى الأول بغير أمر الثانى، وكان طائعًا فى هذا الدفع لا مكرهًا، فصار ضامنًا، وإن شاء، ضمن القابض؛ لأن القابض قبض بعض حقه على سبيل التملك، وليس له قبضه.

فإذا ضمن الوصى للثانى حصته مما دفع إلى الأول، هل يرجع الوصى بما ضمن على الأول؟ إن كان فى زعم الوصى أن الثانى مبطل فى الدعوى، وفيما أقام من البينة لم يرجع على الأول؛ لأنه يزعم أنه لم يملك بهذا الضمان شيئًا من جهة الثانى، بل الثانى ظلمه حيث ضمنه، والمظلوم لا يظلم غيره، وإن زعم أنه محق رجع بذلك على الأول؛ لأنه يزعم تملك نصيبه بهذا الضمان، فإنه صار غاصبًا نصيبه بالدفع إلى الأول، وقد ملك ما دفع من جهته بالضمان، فكان له أن يرجع بذلك على الأول؛ لأنه إنما دفع ما دفع إلى الأول على تقدير أنه ملك الأول، وقد ظهر أن بعض ما قبض ملك الوصى، فكان الوصى أن يرجع عليه بذلك.

هذا الذى ذكرنا إذا أثبت الدين عند القاضى بالبينة ولو لم يثبت الدين عند القاضى بالبينة، ولكن كان أقر الميت بين يدى الوصى أن لفلان عليه كذا كذا درهمًا، أو ثبت الدين بمعاينة الوصى، بأن عاين أن الميت حال حياته استهلك مال إنسان، أو استقرض منه مالا، هل يسع للوصى أن يقضى هذا الدين إذا أنكر الورثة؟ لا رواية لهذا، واختلف فيه المشايخ رحمهم الله، قال بعض مشايخنا: له أن يقضى ذلك الدين؛ لأنه علم بوجوب هذا الدين على الميت، فإنه عاين إقرار الميت، والإقرار حجة، اتصل به القضاء أو لم يتصل، وعاين الاستهلاك والاستقراض، فإنه يوجب الدين على الميت، قضى القاضى بذلك أم لم يقض، وإذا علم الوصى بوجوب هذا الدين على الميت، كان للوصى أن يقضى ذلك كما لو ثبت الدين على الميت عند القاضى بالبينة إلا أنه إذا لحق الميت دين من الوجه الذى ذكرنا فالوصى يضمن حصة الثانى؛ لأن بعض ما دفع إلى الأول حق الثانى، وقد دفعه إلى الأول بغير أمره، وهو طائع فى الدفع، فصار الوصى غاصبًا، والقابض غاصب الغاصب، وللثانى أن يضمن حصته من الدين أيهما شاء.

وقال بعض مشايخنا: بأنه يسع للوصى أن لا يقضى؛ لأنه متى قضاه عرض نفسه

للغرم ؛ لأن الورثة متى اطلعوا على قضاءه، وأثبتوه بالبينة، غرموا الوصى، وله أن لا يوقع نفسه فى الغرم بخلاف ما لو كان له دين ثابتا على القاضى بالبينة ؛ لأنه متى قضى لا يعرض نفسه على الغرم[1]، فإن الورثة متى علموا ذلك منه، فإنه لا يكون لهم أن يغرموا الوصى.

فأما إذا شهد شهود عدول بين يدى الوصى أن لفلان على الميت كذا كذا دين، ولم يشهدوا بها عند القاضى، هل يسع للوصى قضاء هذا الدين إذا أنكر الورثة؟ لا رواية لهذا، واختلف فيه المشايخ رحمهم الله أيضًا: فقال بعضهم: له ذلك؛ لأنه علم بوجوب الدين على الميت، فكان له أن يقضيه كما لو ثبت عند القاضى بالبينة، ومنهم من قال: لا يسعه القضاء؛ لأن الشهادة فى حقوق العباد قبل اتصال القضاء بها ليست بحجة، فلا يقع بها العلم قبل القضاء، ألا ترى أنه ذكر فى كتاب الاستحسان: أنه إذا شهد شاهدان عند رجل أن فلانًا قتل أباك عمدًا، لا يسع لولى القتيل قتل القاتل ما لم يقض القاضى بها، وكذا إذا شهدوا أن فلانًا أخذ من مال أبيك كذا كذا لا يسع لصاحب الدين أن يأخذ ذلك من الآخذ بخلاف ما لو عاين إقرار القاتل بالقتل، أو عاين أنه قتل أباه، وشهادة العدول فى حقوق العباد إذا لم تكن حجة قبل اتصال القضاء بها صار وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة، ولو عدمت لا يكون للوصى أن يقضى ذلك، فكذا هذا.

وقال نصير عن أبى سليمان رحمهما الله فى وصى شهد عنده عدل: إن لهذا على الميت ألف درهم قال: يسعه أن يعطيه بقوله، وإن خاف الضمان وسعه أن لا يعطيه، قلت: فإن كان هذا شيئًا بعينه جارية و نحوها، وعلم أن هذا لهذا، وكان الميت غصبه، قال: ههنا يدفعها إلى المغصوب منه؛ لأنه بالمنع يصير غاصبًا.

٢٠٨٦٦- وإذا أقر الميت بين يدى الوصى بالدين، وأراد الوصى أن يقضى الدين، ولا يلحقه الغرم، فقد اختلف فيه المشايخ رحمهم الله على ستة أقوال: منهم من قال: ينبغى له أن يجىء إلى القاضى، فيقول له: اقسم أنت الميراث بين الورثة حتى إذا ظهر دين آخر بالبينة، لا يكون للغريم الثانى أن يخاصمنى، ولا يرجع بالضمان على.

---

(١) وفى م "المغرم".

ومنهم من قال: ينبغى أن يجعل من التركة مقدار الدين فى صرة[1]، فيضع بين يديه، ويبعث إلى الغريم، فيجيء، فيأخذ سرًّا أو جهرًا والوصى يتغافل، فإن علم الورثة يقول للورثة: خاصموا أنتم، وأقيموا غيرى لكى يخاصم.

ومنهم من قال: يدفع إلى المقر له قدر الدين سرًّا حتى لا يعرف الورثة، فيضمنوه.

منهم من قال: ينبغى أن يجعل قدر الدين من جنس الدين فى صرة، فيودعها الغريم، فيذهب الغريم بالوديعة قصاصًا بدينه، ثم إن الوصى لا يضمن؛ لأن له أن يودع، ولا يخاصم فى استردادها، بل يفوض ذلك إلى الورثة.

ومنهم من قال: يبيع بمقدار الدين شيئًا من التركة من الغريم، ثم لا يخاصمه، ويحيل بالخصومة إلى الورثة، فيخاصمونه، أو يقيمون غيره فيخاصم.

ومنهم من قال: ينبغى أن يقول للميت حين أقر بالدين: أحضر شاهدين أشهدهما على قولك، أو أشهد شاهدًا آخر سواى حتى إذا جاء الغريم بعد، فالشاهدان أو الوصى والشاهد الآخر يشهدان بذلك، ثم يقضى الوصى دينه، فلا يضمنه، وإن ادعى الورثة ضمانًا على الوصى، وقال: إنك قضيت دينًا من التركة، لم يكن واجبًا على الميت، وصرت ضامنًا، وأنكر الوصى الضمان، وأراد الورثة استحلاف الوصى، فالقاضى لا يستحلف الوصى بالله ما قضيت نظرًا للوصى، وإنما يحلفه بالله ما لهم قبلك الذى يدعونه من الضمان عليك؛ لأن القاضى نصب ناظرًا، فإنما يحلف الخصم على وجه يكون نظرًا للخصمين -والله أعلم-.

القسم الثانى
فى قبض الوصى الدين بعد ما خرج من الوصاية وفى إبراء الوصى غريم الميت:

٢٠٨٦٧- قال: الوصى بعد ما خرج من الوصاية، إذا قبض دينًا لليتيم ينظر إن

(١) وفى م "مرة".

كان موروثًا للصغير، أو وجب بعقد الوصى عقدًا، لا يرجع الحقوق فيه إلى العاقد، لا يصح، ولا يبرأ المديون، وإن وجب بعقد الوصى عقدًا، يرجع فيه حقوق العقد إلى العاقد، يصح قبضه، ويبرأ المديون، وذكر المسألة فى كتاب المكاتب فى باب مكاتبة الوصى.

٢٠٨٦٨- وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله: رجل أوصى إلى رجل، وله ابن صغير، فأدرك الصغير، وللميت دين على رجل، فقبض الوصى الدين بعد ما أدرك، فهو جائز، ولم يفصل، قال ثمة: ولو كان الابن نهاه عن القبض بعد ما أدرك، فقبض، لم يجز قبضه.

٢٠٨٦٩- وإذا أبرأ الوصى غريمًا من غرماء الميت، فهذا على وجهين: إن كان الدين وجب بمعاقدة الوصى، فإنه يصح إبراءه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله قياسًا، ويضمن من ماله، ولا يصح فى قول أبى يوسف رحمه الله استحسانًا؛ لأن الوصى وكيل الميت بالبيع، فيعتبر بوكيل الحى، ووكيل الحى بالبيع إذا أبرأ المشترى عن الثمن كانت المسألة على الخلاف الذى ذكرنا، فكذا وكيل الميت بالبيع، وإن كان دينًا، وجب لا بمعاقدة الوصى، فإنه لا يصح إبراءه عندهم جميعًا؛ لأنه وكيل الميت بقبض الدين، ووكيل الحى بقبض الدين إذا أبرأ المديون عن الدين، لم يصح إبراءه عندهم جميعًا، فكذا وكيل الميت بقبض الدين.

القسم الثالث

فى الوصى يدعى الدين لنفسه على الميت:

٢٠٨٧٠- فى الفتاوى قال نصير: سألت شدّادًا رحمه الله عن الوصى إذا قال: لى على الميت دين أيخرج القاضى التركة من يده؟ قال: وإن ادعى شيئًا بعينه أخرجه من يده، قال الفقيه: وقد قيل: إن الوصى متى ادعى على الميت دينًا، ولا بينة له، فإن القاضى يخرجه من الوصاية؛ لأنه يستحيل الأخذ من مال اليتيم، والاختيار عندى أن القاضى يقول للوصى: إما أن تبرئه عن الدين الذى تدعيه، وإما أن تقيم البينة عليه حتى تستوفى، وإما أن أخرجك عن الوصاية، فإن أبرأه، وإلا أخرجه، وجعل مكانه آخر.

وسئل أبو القاسم رحمه الله عن ذلك، فقال: حكى عن إبراهيم بن صالح رحمه الله أنه قال: الحاكم يعزله، وصوبه محمد بن سلمة رحمه الله.

٢٠٨٧١- وسئل أبو نصر رحمه الله عن وصى باع دارًا ثم ادعى أنها كانت بينه وبين الميت قال: إن كانت الدار فى حياة الميت فى يده وتحت تصرفه لم يصدق الوصى على ما ادعى إلا ببينة عادلة، فيجعل الحاكم وصيًا للميت حتى يقيم الوصى البينة عليه، وكذا إذا ادعى الوصى دينًا على الميت، جعل القاضى للميت وصيًا حتى يقيم البينة على الوصى؛ لأن البينة لا تقبل إلا بحضرة خصم، ثم الحاكم بالخيار، إن شاء، تركه خارجًا عن الوصية، وإن شاء، أعاده إليها بعد ما قضى دينه[1]؛ لأن القاضى لما أخرجه كان ذلك قضاء منه، فله أن يديم على قضاءه إن شاء.

قال الفقيه رحمه الله: وذكر الخصاف رحمه الله فى كتاب القاضى: أن القاضى يجعل الميت وصيًا فى مقدار ذلك الدين خاصة، ولا يخرج هذا الوصى من الوصاية، وذلك القول أصح، وبه نأخذ.

وفى المواريث من الفتاوى: وسئل أبو القاسم رحمه الله عمن له على آخر دين ومات، والطالب وارثه أو وصيه قال: له أن يأخذ مقدار حقه من غير علم الورثة.

القسم الرابع
فى دعوى الدين على الميت وبيان من ينتصب خصمًا عن الميت ومن لا ينتصب خصمًا عنه:

٢٠٨٧٢- سئل أبو القاسم رحمه الله عمن مات، وترك أموالا وأولادًا صغارًا، فادعى رجل دينًا على الميت، وادعى رجل آخر وديعة، وادعت المرأة مهرها، هل للوصى أن يؤدى ذلك من غير حجة؟ قال: أما الدين والوديعة فلا بد من إثباتهما عند الحاكم، وأما المهر فإن ادعت مقدار مهر مثلها، فذلك واجب، وكفى بالنكاح شاهدًا.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إن كان الزوج بنى بها يمنع منها مقدار ما جرت

---

(١) وفى ف "دينه عليه".

العادة في التعجيل، والقول في ذلك قول الورثة وما زاد عليه، فالقول قول المرأة؛ لأن النكاح شاهد على وجوب كل المهر، والعرف شاهد على قبض بعض المهر، فيعمل بهما.

وقيل: إذا صرحت المرأة بإنكار القبض، وقالت: لم أقبض شيئًا فالقول قولها مع يمينها؛ لأن النكاح دليل محكم على وجوب كل المهر، والدخول والموت دليلان محكمان على تقرر ذلك الواجب، والبناء بها ليس بدليل محكم على استيفاء بعض المهر؛ لأن الإنسان قد يبنى بامرأته قبل تعجيل شيء من المهر، ولو كان البناء دليلا محكمًا على استيفاء بعض المهر أيضًا، فلا جرم يقع التعارض بين الدليلين، فيبقى ما كان على ما كان هذا هو الحكم عند وقوع التعارض بين الدليلين، وقد عرفنا وجوب كل المهر، فيبقى على ما كان.

٢٠٨٧٣- قال محمد رحمه الله في "الجامع": رجل هلك، وترك مالا ووارثًا واحدًا، فأقام رجل البينة أن له على الميت ألف درهم دين، فقضى القاضي له على الوارث، ودفع إليه ألفًا، وغاب الوارث، فحضر له غريم آخر، فإن الغريم الأول ليس بخصم له.

فرق بين هذا وبين ما إذا كان مكان الغريمين موصى لهما بالثلث، بأن أقام رجل البينة أن الميت أوصى له بالثلث من ماله، وجحد الوارث ذلك، فقضى القاضي له بالثلث، وأعطاه الثلث، ثم أقام رجل آخر البينة، أن الميت أوصى له بثلث ماله، وأحضر الموصى له إلى القاضي، فالقاضي يجعله خصمًا له، وأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى الثاني، والفرق بينهما أن المستحق للموصى له بالثلث عين التركة، ولهذا لو أراد الوارث، أو الوصي أن يعطيه مقدار الثلث [من التركة][1] من ماله لا يكون له إلا أن يرضى بذلك الموصى له، ولهذا تبطل الوصية بهلاك المال، ولما كان المستحق عين التركة، كان الثاني مدعيًا بعض ما في يد الأول لنفسه من جهة الميت، فانتصب خصمًا لقيام يده، وأما الغريم فلا يستحق عين التركة، ولهذا لو أراد الوارث، أو الوصي بعد ثبوت دينه قضاء دينه من مال آخر، كان لهما ذلك من غير رضى الغريم، وكذلك لا

(١) زيد من م.

يبطل حقه بهلاك المال، وإنما حقه في ذمة من عليه الدين، وهو الميت غير أن بعد موته تعين تركته للقضاء منها لا أن يكون حقه في عين التركة، ولما كان هكذا لابد من إثبات الدين أولا في ذمة الميت لتعيين تركته للقضاء، وفي دعوى الدين على الميت الخصم وارثه، أو وصيه دون الغريم.

ولو كان الغريم الأول هو الغائب، فأحضر الثاني وارث الميت، كان خصمًا له؛ لأنه نائب عن الميت فيما يدعى على الميت، فأمكن جعله خصمًا بطريق النيابة عن الميت، أما الغريم فليس بنائب عن الميت حتى يجعل خصمًا بطريق النيابة عن الميت، ولا يمكن جعله خصمًا بطريق الأصالة؛ لأنه لا يدعى شيئًا لا في ذمته، ولا في يده على ما مر، فإذا قضى القاضي على الوارث، وقد توى ما أخذه الوارث، رجع الغريم الثاني على الغريم الأول، وأخذ منه بعض ما قبض، ثم يتبعان الوارث بما بقي لهما؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو علم القاضي بأن لهما على الميت دينًا، وقد قبض الأول تمام حقه، وتوى الباقي، فالقاضي يأخذ منه بعض ما قبض، ويدفعه إلى الآخر حتى يستويا، ثم يتبعان الوارث بما بقي لهما، كذا هنا.

ولو لم يكن الأول غريمًا، وكان موصى له بالثلث وقبضه، وغاب الوارث، فأقام الرجل البينة أن له على الميت دينًا، فالموصى له ليس بخصم له؛ لأنه لا يدعى بعض ما في يده؛ إذ لا حق للغريم في عين التركة على ما مر، إنما يدعى دينًا على الميت، والموصى له بالثلث إنما ينتصب خصمًا عن الميت في المال الذي وصل إليه بخلاف الوارث حيث ينتصب خصمًا فيما يدعى في مال الميت وفي ذمته؛ لأنه خلف عن الميت قائم مقام الميت مطلقًا لحاجته إلى ذلك، أما الموصى له بالثلث فبخلافه على ما مر قبل هذا.

وكذلك لو كان الأول غريمًا، والثاني موصى له بالثلث، لم يكن الغريم خصمًا له؛ لأن الموصى له إن كان مقرًا بالدين كان في زعمه أن حقه مؤخر عن الدين، وإنه لا حق فيما في يده، وإن كان منكرًا للدين كان في زعمه أن الأول غاصب، ويد الغاصب لا تكون يد خصومة، والوارث خصم في ذلك كله؛ لما قلنا.

٢٠٨٧٤- ذكر في "النوازل": رجل مات وعليه دين يأتي على جميع تركته،

فأحضر مع نفسه وارث الميت، فقد قيل: الوارث لا يكون خصمًا للغريم، وقيل: يكون خصمًا، ويقوم مقام الميت فى حق الخصومة، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله، وعليه الفتوى.

وفى موضع آخر تركة مستغرقة كلها بالديون أو أكثرها، ادعى مدع آخر على الميت دينًا، وعجز عن إقامة البينة، وأراد تحليف الورثة[1] وأصحاب الديون، لا يمين على الغرماء أصلا؛ لما بينا أنه لا يدعى عليهم شيئًا، وكذا لا يمين على الورثة إن كان كل التركة مستغرقًا بالدين، وإن كان له بينة، فهو الخصم، وإن لم يكن له وصى جعل له القاضى وصيّا، وإن كان فى المال فضل على الدين يحلف[2] الوارث، وقد ذكرنا فى "كتاب أدب القاضى": أن الوارث إذا لم يصل إليه شيء من التركة يسمع عليه بينة المدعى، لكن لا يستحلف قبل أن يظهر للميت مال على ما اختاره الفقيهان أبو جعفر وأبو الليث رحمهما الله.

٢٠٨٧٥- ادعى على ميت دينًا ووصيه غائب غيبة منقطعة، فالقاضى ينصب خصمًا عن الميت يخاصم المدعى، وقد ذكرنا هذه المسألة فى آخر "كتاب أدب القاضى"، وكذلك لو كان الوصى حاضرًا، وأقر للمدعى بالدين، فالقاضى ينصب خصمًا عن الميت؛ لأن إقرار الوصى على الميت لا يجوز، فلا يمكن للمدعى أن يخاصم الوصى فيما أقر به، فلو لم ينصب القاضى وصيّا للمدعى لا يصل المدعى إلى حقه، هكذا ذكر الفضلى فى "فتاواه"، وفيه نوع نظر، فقد ذكر الخصاف رحمه الله فى "أدب القاضى": فى الباب الثالث والسبعين: أن أحد الورثة إذا أقر بالدين، فأقام المدعى البينة على هذا الابن المقر بالدين؛ ليثبت الدين فى جميع التركة، يسمع بينته، وكذا لو أقر جميع الورثة بالدين، فأقام البينة عليهم؛ ليثبت الدين فى حق غيرهم، تقبل بينته، فكذا ههنا يجب أن تسمع البينة على الوصى بعد ما أقر بدعوى المدعى بالأولى؛ لأن هناك إقرار الوارث نفذ عليه إن لم ينفذ على غيره، وههنا إقرار الوصى ما نفذ عليه، ولا على غيره.

---

(١) وفى م "الوارث".

(٢) وفى م "يحلف على الوارث".

٢٠٨٧٦- وفى "العيون": إذا أوصى إلى امرأته وترك ضياعًا ولها عليه مهر، أو كان له من الصامت مثل مهرها، فلهذا الأخذ من الصامت، وإن لم يكن له صامت، فلها أن تبيع ما كان يصلح للبيع، وتستوفى جميعًا صداقها من ثمنه.

٢٠٨٧٧- وفى مواريث "النوازل": مديون مات ورب الدين وارثه ووصيه، فله[1] أن يرفع مقدار حقه من غير علم الورثة.

٢٠٨٧٨- وصى عليه دين[2] الميت، والميت أوصى بوصايا ويريد الوصى أن يبرأ قال: ينفذ الوصايا، أو يقضى ديونه من مال نفسه، فيصير قصاصًا، وينبغى أن ينوى حين يقضى أقضى من مالى لأرجع فى مال اليتيم حتى يصير قصاصًا حينئذٍ.

ولو كان للميت دين على رجل، وله وصى وابن صغير، فأدرك الابن، ثم يقضى الوصى الابن جاز، ولو كان الابن لما بلغ، نهاه عن قبضه لم يجز قبضه، وقد مرت.

٢٠٨٧٩- وفى إقرار "الواقعات": إذا أقر وصى الميت أنى قبضت كل دين لفلان الميت على الناس، فجاء غريم لفلان الميت، وقال للوصى: دفعت إليك كذا وكذا، وقال الوصى: ما قبضت منك شيئًا، ولاعلمت أنه كان لفلان عليك شىء، فالقول قول الوصى مع يمينه، ولو أقامت البينة على أصل الدين، لم يلزم الوصى منه شىء؛ لأنه لم يقر بقبض شىء من رجل بعينه، وكذا لو قال: قبضت كل دين لفلان بالكوفة، أو أضاف إلى مصر أو سواد، وكذا الوكيل بقبض الدين والوديعة والمضاربة فى جميع ذلك سواء.

٢٠٨٨٠- وفى "العيون": وصى الميت إذا قال: قبضت منه فى صحته الألف التى كانت لى عليه، وقال سائر الغرماء: قبضت فى مرضه، فإن كانت الألف قائمة شاركوه فيها؛ لأن الأخذ حادث، فيحال به على أقرب الأوقات، وإن كانت هالكة لا شىء لهم قبله؛ لأن ذلك ظاهر، فيكفى للدفع لا للاستحقاق، وهم دافعون حال قيام الألف، أما بعد هلاكها فيدعون عليه الاستحقاق بالضمان، فلا يكفيهم الظاهر.

---

(١) هكذا فى الأصل وم، وكان فى ظ "فلم"، وفى ف "فلان".

(٢) زيد من الأصل.

٢٠٨٨١- رجل مات وعليه ديون، وترك وفاء، فصالح الورثة الغرماء قال بعضهم: لا يسع الورثة ذلك، ولكن هذا إذا كان الصلح بإلجاء الورثة الغرماء إلى الصلح، أما إذا كان ذلك على اختيار الغرماء من غير إلجاء الورثة لا يسعهم؛ لأن أكثر ما فيه أن يسقط به بعض حقهم إلا أنه إنما يسقط برضاهم، وإسقاط الإنسان بعض حقه برضاه جائز.

القسم الخامس

من هذا النوع فى قضاء غير الوصى والوارث دين الميت:

٢٠٨٨٢- قال هشام فى "نوادره": سمعت محمداً رحمه الله يقول: فى رجل فى يديه ألف درهم وديعة لرجل، وقد مات رب الوديعة وعليه دين ألف درهم معروف، وترك ابناً معروفاً، فقضى المستودع الألف الوديعة الغريم، لا يضمن؛ لأنه قضى بألف الميت دين الميت، وليس للابن ميراث حتى يقضى الدين، وأشار فى كتاب الكفالة إلى أنه يضمن، ولو كانت الألف ديناً عليه، فقضاها غريم الميت بغير أمر الوصى قال: إن كان حين قضاه قال: هذه الألف التى لفلان الميت على أقضيكها[1] عن الميت من الألف التى لك على الميت، فهو جائز، ولا يضمن، وإن لم يكن قال: ذلك، ولكن قضاه الألف عن الميت، فهو متطوع والألف عليه، قال هشام: قلت لمحمد رحمه الله: أ تحفظ هذا عن أبى حنيفة رحمه الله؟ قال محمد رحمه الله: وقال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف رحمه: فيمن مات وله غلام، وقد كاتبه على ألف درهم، وعلى الميت لإنسان ألف درهم، فقضاها المكاتب الغريم بماله على مولاه بغير أمر الوصى قالا: فى القياس هو باطل، ولا يعتق المكاتب حتى يعتقه القاضى، لكنا ندع القياس، ونعتق المكاتب يوم أداء المال.

---

(١) هكذا فى ف، وكان فى م وظ "أقضكها".

القسم[١] السادس
من هذا النوع في المتفرقات:

٢٠٨٨٣- في الفتاوى روى نصر عن شداد رحمه الله: فيمن حضره الموت، فقال: إن لرجل على ألف درهم، فقال: المال كله يدفع إلى الورثة، ولا يوقف شيء، وإن سمى، فقال: لمحمد على ألف درهم، ولا يعرف محمد قال: يوقف مقدار الدين، وينبغي أن يكون هذا، والأول سواء؛ لأن بقوله: لمحمد لا يرتفع الجهالة فحشها، وإن كانت الجهالة في هذا دونها في الأول.

٢٠٨٨٤- قال: في وصيته من ادعى شيئًا، ورأى الوصي أن يفعل ذلك، فعل، كان مشايخنا رحمهم الله يقولون: هذا كلام باطل، وقال نصر[٢] رحمه الله: هو جائز كأنه قال: ما رأى الوصي أن يفعل من شيء، فعل.

٢٠٨٨٥- قال محمد رحمه الله في "الجامع الصغير": في الرجل يحضره الوفاة، فيقول لورثته: إن لفلان علي دينًا، فصدقوه فيما قال: ثم يموت، فالقياس أن لا يصح الأمر بالتصديق حتى لا يصدق المدعي إلا ببينة؛ لأن هذا خلاف مقتضى الشرع، فإنه أمر بتصديق المدعي من غير حجة وإنه مخالف الشرع، قال عليه الصلاة والسلام: «لو أعطى الناس بدعواهم»[٣] الحديث.

وفي الاستحسان: يصح بقدر الثلث بوجهين: أحدهما: أن بالناس حاجة إلى مثل هذا، فإنه ربما يجري بين رب الدين والمديون قضاء واقتضاء، ولا يعرف المديون كم

---

(١) وفي م "النوع السادس".

(٢) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل وف "نصير".

(٣) أخرجه البخاري في "صحيحه" ٤/ ١٦٥٦ (٤٢٧٧) ومسلم أيضًا في "صحيحه" ٣/ ١٣٣٦ (١٧١١) وابن عباس أيضًا في "صحيحه" ١١/ ٤٧٦ (٥٠٨٢)، ابن ماجه في "سننه" ٢/ ٧٧٨ (٢٣٢٠) والطحاوي في "معاني الآثار" ٣/ ١٩١، ٢٠٢ (١٤٨، ١٤٩)، النسائي في "سننه" ٨/ ٢٤٨ (٥٤٥٢) وفي "الكبرى" ٣/ ٤٨٥ (٥٩٩٤) والدارقطني في "سننه" ٤/ ١٥٧ (٩) والبيهقي في "الكبرى" ١٠/ ٢٥٢ (١٧٩) وأبو عوانة في "مسنده" ٤/ ٥٤ (٦٠٠٥).

بقى من دينه، فيحتاج إلى تفويض البيان إلى رب الدين احترازًا من الكذب، وقد سلطه الشرع على ثلث ماله حتى صح منه التبرع بقدر الثلث، فكذا يصح الأمر بالتصديق بقدر الثلث، والثاني: أن هذا الكلام من المريض من حيث الصورة إن كان أمرًا بتصديق المدعى فإنه من حيث المعنى أمر بتسليم ما يختاره المدعى بتركته، وإنه صحيح بطريق الوصية؛ لأنه تبرع فى حالة المرض، والتبرع فى حالة المرض وصية، ألا ترى أنه لو صرح، فقال: إذا اختار فلان من تركتى شيئًا، فسلموه إليه فإنه يصح ويكون وصيه يجب تنفيذها بقدر الثلث، كذا ههنا.

٢٠٨٨٦- وفى الفتاوى سئل أبو نصر عن مريض أقر أن لفلان على كذا، ولفلان على كذا، فإن جاء أحد، فيدعى على مائتى درهم إلى خمسمائة، فأعطوه ما ادعى، ثم قال: فإن لم يقبل، فأعطوه ما يدعى برأى فلان رجل معلوم، كان وصيه بإعطاءه، هذا فاسد، فلا يعطى إلا ببينة، وكأنه أخذ بالقياس.

٢٠٨٨٧- وفى دعوى الفتاوى سئل أبو القاسم عن صحيح قال: ما ادعى فلان ابن فلان فى المال الذى فى يدى، فهو صادق، أو قال: فصدقوه، ومات، قال: إن لم يكن سبق من فلان دعوى فى شىء معلوم، لا يلزمه بهذا القول شىء، وإن سبق منه دعوى فى شىء معلوم، فالذى ادعى ثابت، وقد ذكرنا رواية "الجامع الصغير" فى مريض قال: لفلان على دين، فصدقوه أنه يصدق بقدر الثلث، ولا رواية عن أصحابنا رحمهم الله فى قوله: فهو صادق، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: يجب أن يكون الجواب فيه كما قال أبو القاسم رحمه الله.

٢٠٨٨٨- وسئل أبو نصر رحمه الله عن من مات، وترك ضياعًا وعليه ديون، فأرادت الورثة أن يقضوا ديون الميت من أموالهم؛ ليبقى الضياع لهم، قال: إن اتفقوا على ذلك، وعجلوا قضاء الدين، وإنفاذ الوصايا من أموالهم، فلهم ذلك، وإن اختلفوا، فللوصى أن ينفذ الوصايا، ويقضى الدين من مال الميت، ولا يلتفت إلى قولهم، وباع ما احتاج إليه من مال الميت.

٢٠٨٨٩- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل مات وترك ابنًا، وقد كان اشترى عبدًا فى حياته، ولم يقبضه ولم ينقد الثمن وعليه ديون، فقضى

ابنه البائع الثمن، وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص، قال: وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به، وصورة الرهن الذى استشهد به إذا كان بعض الدين رهن، فقضى الابن البائع دين الغريم الذى بدينه رهن وأفتك الرهن، فإنه يكون بين الغرماء، ولا يكون الوارث الذى قضى الدين أولى به من بقية الغرماء.

٢٠٨٩٠- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله رجل أوصى أن عليه دينًا للناس ولم يسمّهم، وقال: الدين كذا وكذا، فادفعوه إلى فلان يقضى عنى ديونى، فقد أوصيت إليه أن يقضى عنى ديونى، قال: هذا ليس بشىء، ولا يصدق الموصى إليه بقضاء الدين أن يقول: لفلان على الميت كذا، فإن أقام إنسان بينة بدين له على الميت دفع ذلك إلى الموصى له بقضاء الدين، وهو وصى فيما أوصى إليه من قضاء الدين خاصة فى قول محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: هو وصى مع الوصى فى التركة لو كان، كأنه أوصى إليهما جميعًا، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله.

٢٠٨٩١- وإذا أنفق الوصى التركة على الصغار حتى فنت التركة، ولم يبقَ منها شىء، ثم ادعى رجل على الميت دينًا، وأثبته بالبينة عند القاضى، وقضى القاضى، هل لهذا الغريم أن يضمن الوصى، لا ذكر لهذه المسألة فى الكتب، وقالوا: ينبغى أن يكون الجواب فيه على التفصيل إن أنفق عليهم بأمر القاضى، فلا ضمان عليه، وإن أنفق بغير أمر القاضى، فعليه الضمان؛ لأنه مقدم على الميراث، وعلى حق الورثة، فإذا أنفق بغير أمر القاضى، فقد تصرف فى حق الغرماء، وهو مختار فيه لما لم يأمره القاضى بذلك، فيكون عليه الضمان.

٢٠٨٩٢- وفى "فتاوى النسفى": سئل عمن مات وعليه دين مستغرق لتركته، وللميت على رجل مال، أو فى يده مال، فطلبت الورثة ذلك منه وهو يعلم بالدين، فصالح الورثة عما عليه، أو فى يده على مال، قال: يغرم الغرماء الدين؛ لأن الدين المستغرق يمنع ثبوت الملك للورثة فى التركة، قيل: فعلى من يدعى صاحب الدين وعلى من يقيم البينة قال: على ذى اليد بحضرة الورثة إذا كان فى يده مال.

٢٠٨٩٣- وفيه أيضًا: سئل عمن مات، وفى يد امرأته من ماله ألف درهم نقد، فأخذته بمهرها بغير رضاء سائر الورثة، قال: يجوز، فإن استحلفت بالله ما فى يدها من

تركته شيء من الدراهم يجب عليها إخراجه ليقسم بين الورثة فحلفت قال: لا تأثم، قيل: فإن لم تأخذ هذه الدراهم، وطلبت من الوصي إيفاء مهرها من هذه التركة، وأنكر الوصي ذلك، فأقامت البينة على دعواها من المهر على هذه البينة الوصي، هل تقبل البينة؟ قال: نعم.

٢٠٨٩٤- وفي "فتاوى النسفي" سئل عمن عليه لرجل خمسمائة، ولآخر ثلاثمائة، ولآخر مائتان وماله خمسمائة، فحبسوه في ديونهم، كيف يقسم ماله بينهم؟ قال: هو يقضي دين كل واحد منهم كما أراد يقدم من أراد، ولو غاب بحيث لا يدري، أو مات الآن يقضي القاضي دينهم من ماله بالحصص؛ لأن الولاية صارت للقاضي ومراعاة حقوقهم عليه واجبة ذلك في القسمة بينهم بالحصص، هكذا ذكر، وما قال: إنه يقضي دين كل واحد، كما أراد يقدم من أراد، ويؤثر من أراد إنما يستقيم إذا كان صحيحًا، أما إذا كان مريضًا مرض الموت فلا، فالمريض مرض الموت لا يملك إيثار بعض الغرماء على البعض.

٢٠٨٩٥- سئل ابن مقاتل عن الميت له على الناس ديون، أيأخذ الورثة الوصي باستخراج ذلك واقتضاءه؟ قال: لا، وفي "المنتقى" إبراهيم عن محمد رحمه الله: رجل مات، وعليه ديون للناس، وأدى رجل عن الميت ما عليه لإنسان واحد، هل يشاركه بقية الغرماء؟ قال: لا، قلت: فإن كان الذي أدى وارث الميت قال: فكذلك أيضًا.

النوع السابع عشر

في إقرار الوصي باستيفاء الديون الواجبة للميت:

٢٠٨٩٦- في "المنتقى" عن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان للميت على رجل مال، فأقر وصيه أنه قد قبضه الميت لم يكن الوصي خصمًا في قبضه بعد ذلك، ولكن القاضي يجعل وكيلا في قبضه، وهذا لأن إقرار الوصي بالقبض إنما يعتبر في حق نفسه، حتى لا يكون له حق القبض بعد ذلك، أما لا يعتبر في حق سقوط الدين أصلا، فينصب القاضي وصيًا عن الميت في القبض؛ ليقبض ذلك الدين نظرًا للميت.

٢٠٨٩٧- قال محمد رحمه الله في إقرار "الأصل": إذا أقر وصي الميت أنه قد استوفى جميع ما للميت على فلان ابن فلان ولم يسمّ، كم هو؟ ثم قال بعد ذلك: إنما قبضت منه مائة، وقال الغريم: كان لفلان علي ألف درهم، وقد قبضها، فهذا على وجهين: إما أن كان هذا دينًا وجب بإدانة الوصي، أو بإدانة الميت، وفي كل واحد من الوجهين: لا يخلو إما أن يكون إقراره بالدين بعد إقرار الوصي باستيفاء جميع ما عليه، أو قبل ذلك، والوصي في كل واحد من الوجهين: لا يخلو إما أن وصل قوله: وهي مائة بإقراره أنه استوفى الجميع أو فصل، وقد بدأ محمد رحمه الله بما إذا كان الدين واجبًا بإدانة الميت، وأقر الوصي أولا باستيفاء جميع ما كان على الغريم، ثم قال: وهي مائة مفصولا عن إقراره، ثم أقر الغريم بعد ذلك أن الدين كان عليه ألف درهم، وقد استوفى الوصي منه ألف درهم، وذكر أن الغريم يبرأ عن الألف حتى لم يكن للوصي أن يبيعه[1] بشيء، والقول قول الوصي مع يمينه أنه قبض مائة، ولا يصدق الغريم مع الوصي حتى لا يضمن تسعمائة للورثة بسبب الجحود.

وإنما قال: إنه برئ الغريم عن الألف؛ لأن إقرار الوصي أنه استوفى من الغريم جميع ما عليه صحيح؛ لأن الوصي يملك استيفاء ما عليه من الدين، فيملك الإقرار به كالميت، وإذا صح الإقرار باستيفاء جميع ما عليه، برئ الغريم عما عليه، سواء كان عليه مائة درهم أو ألف؛ لأن الألف والمائة داخل تحت اسم الجميع، وإذا برئ الغريم عما عليه من الدين بإقراره لو صححنا هذا البيان من الوصي مفصولا كان في ذلك إبطال براءة يثبت الغريم فيما زاد على المائة بإقرار الوصي بعد ثبوتها؛ لأن حكم الكلام إنما يتقرر بالسكوت عليه، والبيان إذا كان فيه إبطال ثابت متقرر يكون رجوعًا، ولا يكون بيانًا، والمقر يصدق في البيان، ولا يصدق في الرجوع، وكان بمنزلة الاستثناء من المقر بعد ما سكت عن الإقرار لا يصح؛ لأنه تقرر حكم الإقرار بالسكوت عليه، وكان الاستثناء بعد السكوت عن الإقرار إبطالا لما وجب بالإقرار لا بيانًا لقدر الواجب، وإبطال الثابت رجوع، وليس ببيان، والمقر يصدق في البيان، ولا يصدق في الرجوع، كذا هذا، فبرئ الغريم عن جميع الدين بإقرار الوصي لما لم يصح هذا البيان من الوصي، وكان القول

(١) هكذا في تنا وف، وكان في الأصل وظ "يتبعه".

قول الوصى مع يمينه بالله ما قبض إلا مائة، وذلك لأن الزيادة على المائة لو ضمنها الوصى، فإنه يضمن بإقرار الغريم أن الدين كان عليه ألف درهم، وأن الوصى صار جاحداً لتسعمائة لما أقر بقبض المائة لا غير، ولا يجوز أن يضمن الزيادة على المائة بإقرار الغريم؛ لأن إقرار الغريم أن الدين كان ألفًا بعد إقرار الوصى بالاستيفاء شهادة على الوصى أنه جحد تسعمائة، وليس بإقرار على نفسه بإيجاب الدين؛ لأن البراءة قد تثبت للغريم بإقرار الوصى، فيكون شاهداً على الوصى بالجحود، والحكم لا يثبت بشهادة الفرد، فلهذا قلنا: بأن القول قول الوصى فى مقدار ما قبض، ولا يضمن تسعمائة للورثة بإقرار الغريم.

فإن قامت للميت بينة على أن الدين على الغريم كان ألفًا، بأن أقام الوارث البينة أو غريم الميت، كان الغريم بريئًا عن جميع الألف حتى لم يكن للوصى أن يتبع الغريم بتسعمائة؛ لأن إقرار الوصى أنه استوفى منه جميع الدين قد صح، وبرئ الغريم عما عليه، سواء كان عليه مائة أو ألف درهم بإقرار الوصى، ويضمن الوصى تسعمائة للورثة، وذلك لأنه بإقامة البينة يثبت أن الدين كان ألف درهم فى حق الوصى؛ لأن البينة حجة فى حق كافة الناس، وإذا ثبت أن الدين كان ألف درهم، وقد أقر الوصى باستيفاء جميع ذلك، فإذا قال: هو مائة مفصولا صار جاحداً لما زاد على المائة إلى تمام الألف، والأمين يضمن بالجحود، وأما قبل إقامة البينة لو ثبت أن الدين كان ألفًا فى حق الوصى، فإنما يثبت بقول الغريم، وقد ذكرنا أن قول الغريم فى هذه الحالة شهادة، والحكم لا يقطع بشهادة الفرد.

هذا إذا أقر الغريم بدين ألف درهم بعد إقرار الوصى باستيفاء جميع ما عليه، فأما إذا أقر الغريم أولا أن الدين ألف درهم، ثم أقر الوصى أنه استوفى جميع ما عليه، ثم قال: وهى مائة مفصولا عن إقراره، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا ثبت الألف بالبينة، يكون الغريم بريئًا عن جميع الألف بإقرار الوصى، ويضمن الوصى تسعمائة للورثة بالجحود بخلاف ما لو كان إقرار الغريم بعد إقرار الوصى بالاستيفاء، فإن الوصى لا يضمن شيئًا للورثة، والفرق بينهما أن الغريم فى إقراره أن عليه ألف درهم قبل إقرار الوصى باستيفاء ما عليه مقر على نفسه بإيجاب ألف درهم، فيكون مصدقًا فى هذا

الإقرار؛ لأنه لا تهمة في هذا الإقرار، فإنه يوجب على نفسه ألف درهم، والتهمة متى انتفت من إقرار المقر صار الثابت بإقراره كالثابت بالبينة أو بالمعاينة، فأما إذا أقر بعد إقرار الوصي، فهذا شاهد على الوصي، وليس بمقر على نفسه؛ لأنه لا يوجب على نفسه دينًا في هذه الحالة لوقوع البراءة له عن الدين بإقرار الوصي، إنما يوجب بإقراره ضمان تسعمائة على الوصي بسبب الجحود، فيكون شاهدًا على الوصي لا مقرًّا على نفسه، والحكم لا يثبت بشهادة الفرد.

هذا الذي ذكرنا إذا قال الوصي: وهي مائة مفصولا عن إقراره، فأما إذا قاله: موصولا، بأن قال: استوفيت جميع ما للميت على فلان وهو مائة درهم، وقال الغريم: لا، بل كان ألف درهم، ذكر أن الوصي يصدق في هذا البيان حتى كان للوصي أن يتبع الغريم بتسعمائة بخلاف ما لو قاله: مفصولا، فإنه لا يصح هذا البيان في حق الغريم حتى لا يكون للوصي أن يتبع الغريم بشيء.

والفرق بينهما أن قول الوصي موصولا، وهو مائة بيان لما يحتمله كلامه، وليس برجوع، وبيان ما يحتمله الكلام صحيح من المتكلم إنما لا يصح الرجوع، وإذا صح هذا البيان صار كأنه قال: قبضت مائة وهي جميع الدين، فقال الغريم: لا، بل ألف درهم، وإنما قلنا: بيان لما يحتمله كلامه؛ لأنه أقر باستيفاء دين مجهول المقدار، فكان بيان المقدار المستوفى بيانًا للمجهول من حيث المقدار، فيكون بيانًا لما يحتمله اللفظ، وليس تحته إبطال براءة ثابتة للغريم؛ لأن حكم الكلام لا يتقرر قبل السكوت عليه إذا كان في آخره ما يغير حكم أوله، ولهذا صح الاستثناء موصولا، واعتبر بيانًا لمقدار الواجب لا إبطالا لحق ثابت، وإذا كان هذا بيانًا لما يحتمله الكلام، وليس تحته إبطال حق ثابت للغريم صح هذا البيان من الوصي بخلاف ما لو قاله: مفصولا؛ لأن تحت هذا البيان إبطال براءة تثبت للغريم، وإبطال حق ثابت رجوع وليس ببيان، والبيان صحيح من المتكلم، والرجوع لا يصح.

ثم فرق بينه وبين المالك، فإنه قال: لو حصل هذا الإقرار من المالك، فإن الغريم يبرأ عن جميع الألف، حتى لا يكون للطالب أن يتبع الغريم بشيء، ولم يصحح هذا البيان من المالك، وإن ذكره موصولا بإقراره إذا كان عاقدًا، وصحح إذا قال الوصي:

موصولا، وقد وجب الدين لا بعقده، والفرق بينهما أنه اجتمع في هذا البيان ما يوجب صحته، وما يمنع صحته من حيث إنه بيان لمقدار المستوفى، والمستوفى مجهول المقدار، وبيان مقدار المجهول صحيح بيان صحيح، وفيه ما يمنع الصحة؛ لأن بيانه بيان لما يحتمله أول كلامه؛ لأن أول كلامه لإسقاط جميع ما عليه من الدين بعد الوجوب مائة كان أو أكثر؛ لأنه أضاف الاستيفاء إلى الجميع، والاستيفاء يوجب سقوط الدين بعد الوجوب، فأول الكلام يوجب سقوط الدين بعد الوجوب فيما وراء المائة، وهذا البيان متى صح، اقتضى نفى الوجوب فيما وراء المائة؛ لأن البيان متى صح التحق بأول الكلام، وكأنه قال: استوفيت منه مائة وهي جميع الدين، ولو قال: هكذا، كان هذا نفيًا منه للوجوب فيما وراء المائة، وهذا البيان متى صح، اقتضى نفى الوجوب فيما وراء المائة لا إسقاطًا لما وراء المائة بعد الوجوب، وبين إسقاط الدين بعد الوجوب وبين نفى الوجوب من الأصل تضادّ وتنافٍ، وبيان ما لا يحتمله الكلام، لايصح، وإن كان موصولا، فصحّ قولنا: إنه اجتمع فيه ما يوجب صحته، والعمل بالأمرين فى حالة واحدة متعذر؛ لما فيه من التنافى، فعملنا بهما فى الحالتين، فقلنا: متى كان فى الحكم بصحة هذا البيان إبقاء حق الغير لا إبطاله يجب القبول بصحته عملا بما يوجب صحة هذا البيان، ومتى كان فى الحكم بصحة هذا البيان إبقاء حق المتكلم يجب الحكم ببطلانه عملا بما يمنع صحة هذا البيان، وصار العمل بما يوجب صحته إذا كان فيه إبقاء حق الغير لا إبطاله أولى من العمل بما يوجب صحته إذا كان فيه إبقاء حق المبين؛ لأنه متى وجب إبقاء حقه وهو مالك الإبطال وجب إبقاء حق غيره، وهو غير مالك للإبطال من طريق الأولى، فيبطل العمل بالشبهين حينئذٍ، فلهذا وجب العمل بما يوجب صحة هذا البيان، إذا كان فى الحكم بصحته إبقاء حق الغير لا إبطاله، ووجب العمل بإبطاله، إذا كان فى الحكم بصحته إبقاء حق المتكلم، ومتى كان البيان من الوصى، وقد وجب الدين لا بإدانته فى تصحيح هذا البيان إبقاء حق الميت فى تسعمائة، فيجب الحكم بصحة هذا البيان، حتى لا يبطل حق الميت فى تسعمائة، وإذا كان مالكًا وعاقدًا، لم يصحح هذا البيان؛ لأن فى الحكم بصحته هذا البيان إبقاء حق المتكلم إن كان مالكًا فى القبض وأصل الدين، وإن كان عاقدًا، نفى القبض؛ لأنه مالك القبض حتى لا ينعزل بعزل الوكيل[1]

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل وف "الموكل".

عن القبض، وملك الإبراء عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفى مثل هذا الموضع يجب العمل بما يمنع صحة هذا البيان حتى يحصل العمل بالدليلين جميعًا، وإذا لم يصح هذا البيان من المالك صار كأنه قال: استوفيت الجميع، ولم يقل: وهو مائة.

وهكذا الجواب إذا أقر الغريم أولا بدين ألف درهم، ثم قال الوصى: استوفيت جميع ما عليه وهو مائة، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان إقرار الوصى بالاستيفاء أولا؛ لأن هذا البيان يصح من الوصى موصولا متى وجب الدين لا بعقد الوصى، وإذا صح، صار كأنه قال بعد إقرار الغريم: استوفيت مائة وهى جميع ما عليه، والغريم أقر بألف درهم، ولو قال: هكذا لا يبرأ عن تسعمائة، فكذا هذا.

٢٠٨٩٨- هذا إذا وجب الدين بإدانة الميت، فأما إذا وجب بإدانة الوصى إنما أقر الوصى بالاستيفاء أولا، ثم قال مفصولا: وهى مائة، ثم أقر الغريم أن الدين كان ألفًا، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وجب الدين لا بإدانته أنه يبرأ الغريم عن جميع ما عليه، ولا يضمن الوصى شيئًا للورثة بقول الغريم؛ لأن الدين لو وجب بإدانة الميت لم يصح بيان الوصى ههنا مفصولا، وإن كان لو ذكره موصولا لا يصح بيانه كان أولى وأحرى، وإذا لم يصح بيانه، فكأنه لم يبين شيئًا، ولكن قال: استوفيت جميع ما عليه، والغريم أقر أنه كان عليه ألف درهم، ولو كان كذلك، فإنه لايتبعه بشىء، فكذا هذا، وإن قامت البينة على أن الدين كان ألف درهم، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وجب الدين لا بإدانة الوصى يكون الغريم بريئًا عن جميع الدين ما عليه بإقرار الوصى، ويضمن الوصى للورثة بتسعمائة.

٢٠٨٩٩- هذا إذا أقر الوصى أولا بالاستيفاء، فإن أقر الغريم أولا بالدين، ثم قال الوصى: استوفيت جميع ما عليه، ثم قال: وهو مائة مفصولا عن إقراره، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا وجب الدين لا بإدانة الميت، يكون الغريم بريئًا عن جميع ما عليه لإقرار الوصى، ويضمن الوصى للورثة تسعمائة؛ لأن الثابت بإقرار الغريم قبل إقرار الوصى بالاستيفاء، ولا تهمة فى إقراره؛ لأنه مقر على نفسه بإيجاب الدين كالثابت بالبينة.

٢٠٩٠٠- هذا الذى ذكرنا كله إذا قال الوصى: وهو مائة مفصولا عن إقراره،

فأما إذا قاله: موصولا، بأن قال: استوفيت جميع ما عليه وهو مائة، ثم قال الغريم: كان الدين على ألف درهم، وقد قبضها، فإن الغريم يكون بريئًا عن جميع ما عليه حتى لا يكون للوصى أن يتبعه بشيء، ولا يضمن الوصى للورثة إلا قدر ما أقر باستيفاءه وهو مائة.

٢٠٩٠١- فرق بين هذا وبينما إذا وجب الدين بإدانة الميت، فقال الوصى: قد استوفيت جميع ما للميت على فلان وهو مائة درهم موصولا بإقراره، وقال الغريم: كان على ألف درهم، فإن الغريم لا يبرأ إلا عن المائة، وكان للوصى أن يتبعه بتسعمائة، فقد صح هذا البيان من الوصى متى وجب الدين بإدانة الميت، ولم يصح متى وجب الدين بإدانة الوصى، وإنما فعل هكذا؛ لما ذكرنا أن هذا البيان صحيح إذا كان فى تصحيحه إبقاء حق الغير، ولا يصح متى كان فى تصحيحه إبقاء حقه، ومتى وجب الدين بإدانة الميت، ففى تصحيحه إبقاء حق الميت لا إبقاء حق الموصى؛ لأنه لا حق للوصى فى الدين متى وجب بإدانة الميت لا فى الأصل، ولا فى القبض، ولهذا لم يصح إبراء الوصى، وإذا كان الحق للميت فى أصل الدين والقبض، فمتى صح هذا البيان كان فى تصحيح هذا البيان من الوصى إبقاء حق الميت فى تسعمائة، فصح هذا البيان من الوصى، وإذا صح صار كأنه قال: استوفيت مائة درهم وهى جميع الدين، وأقر الغريم بألف، ولو كان كذلك، فإن الوصى يتبعه بتسعمائة؛ لأنه نفى أن يكون ما وراء المائة واجبًا للميت على الغريم، ثم أقر الغريم بعد هذا للميت، وكان الإقرار صحيحًا كمن قال: لا حق لى على فلان، ثم أقر له فلان بذلك صح إقراره، وكان للمقر له أن يصدقه، ويأخذ منه ما أقر به، فكذا هذا، فأما إذا وجب الدين بإدانته، فلو صححنا هذا البيان، كان فى تصحيحه إبقاء حقه؛ لأن القبض حقه كأنه عقده لنفسه، وقد ذكرنا أن هذا البيان غير صحيح إذا كان فى تصحيحه إبقاء حق المبين، وإذا لم يصح هذا البيان، صار كأنه قال: استوفيت جميع ما عليه، ثم أقر الغريم بألف درهم، ولو كان كذلك لا يتبع الغريم بشيء، ولكن لا يضمن للورثة إلا قدر مائة درهم على ما مر، كذا ههنا.

٢٠٩٠٢- هذا إذا أقر الوصى أولا باستيفاء، فأما إذا أقر الغريم أولا بألف درهم،

ثم قال الوصي: استوفيت جميع ما عليه وهي مائة، فإن الغريم يكون بريئًا عن جميع الألف؛ لأن بيان الوصي متى كان عاقدًا غير صحيح، فكأنه قال: استوفيت جميع ما عليه لا غير، ولم يقل: وهي مائة، ويضمن الوصي للورثة تسعمائة ههنا؛ لأن الثابت بإقرار الغريم قبل إقرار الوصي بالاستيفاء وإنه مقر على نفسه، لا على الوصي كالثابت بالبينة، ولو ثبت الألف بالبينة لكان الغريم بريئًا عن الألف وضمن الوصي للورثة تسعمائة أخرى سوى المائة التي أقر بها، فكذا هذا -والله أعلم-.

٢٠٩٠٣- قال: ولو أن وصيًا باع خادمًا للورثة، وأشهد أنه قد استوفى جميع ثمنها وهو مائة، وقال المشتري: بل كان مائة وخمسين، فهذا على وجهين: إما أن قال الوصي: وهو مائة موصولا بإقراره، أو قاله: مفصولا، فإن قاله: موصولا بإقراره، فإنه لا يصح هذا البيان حتى يبرأ الغريم عن مائة وخمسين بإقرار الوصي أنه استوفى جميع ما عليه؛ لما ذكرنا أن الدين متى وجب بعقده، فهذا البيان من الوصي لا يصح ذكره مفصولا أم موصولا، وإذا لم يصح هذا البيان، وكان الوصي قال: استوفيت جميع ما عليه، ثم أقر الغريم أن جميع ما عليه مائة وخمسون، ولو كان كذلك يكون المشتري بريئًا عن جميع الثمن بإقرار الوصي، فكذلك هذا، ولا يضمن الوصي خمسين درهمًا، ، وإن قال الوصي: وهي مائة مفصولا عن إقراره، فكذا الجواب، يكون الغريم بريئًا عن مائة وخمسين بإقرار الوصي أنه استوفى جميع ما عليه، ويكون القول قول الوصي فيما قبض؛ لأنه لو ضمن الزيادة ضمن بإقرار المشتري، وإنه شاهد على الوصي، وليس بمقر على نفسه.

والجواب فيما إذا كان مالكًا، وأقر باستيفاء جميع ما على المشتري، ثم قال: وهو مائة موصولا أو مفصولا، كالجواب في مسألة الوصي، ولو أقر الوصي أنه قد استوفى من فلان مائة درهم وهي جميع الثمن، فقال المشتري: لا، بل الثمن مائة وخمسون، فأراد الوصي أن يتبعه بخمسين درهمًا فله ذلك.

٢٠٩٠٤- فرق بين هذا وبينما إذا قال الوصي: قد استوفيت جميع ما على المشتري وهي مائة، وقال المشتري: لا، بل كان الثمن مائة وخمسون، وقد قبضها، فإنه لا يكون للوصي أن يتبع المشتري بخمسين درهمًا، وقوله: وهو مائة موصول بإقرار

الوصى فى الموضعين جميعًا، والفرق بينهما أنه متى قال: استوفيت من المشترى مائة درهم، وهى جميع الثمن، وأقر المشترى بمائة وخمسين، فالخمسون التى أقر بها المشترى غير داخل تحت البراءة؛ لأنه أضاف سبب البراءة، وهو الاستيفاء إلى المائة، فإنه قال: استوفيت مائة، ثم وصف المائة بكونها جميع الثمن، فلا يكون مبرئًا للخمسين التى أقر بها المشترى، بل كان نافيًا أن يكون ما سوى المائة واجبًا على المشترى، ثم أقر المشترى بعد النفى أن له عليه خمسين، والإقرار بعد النفى صحيح بخلاف ما إذا قال: استوفيت منه جميع ما عليه وهو مائة؛ لأنه أضاف البراءة إلى جميع ما عليه، فتناول البراءة المائة، وما زاد على المائة، فصار الوصى مبرئًا المشترى عن المائة والخمسين بإقراره أنه استوفى جميع ما عليه؛ لأن البيان من الوصى أن المستوفى كان مائة لايصح متى كان عاقدًا، وإن ذكره موصولا على ما ذكرنا، وإذا لم يصح دخل تحت البراءة الخمسون كما دخلت تحتها المائة، وإذا دخل الخمسون تحت البراءة كالمائة، لم يكن للوصى أن يتبع المشترى بالخمسين، وحصل المشترى مقرًا بخمسين، دخلت تحت البراءة.

ومن أبرأ رجلا عن دين له عليه، ثم أقر له الغريم بذلك الدين، لا يلزمه بهذا الإقرار شىء، وكذلك الجواب فيما إذا كان وكيلا بالبيع؛ لأن الوصى وكيل بالبيع من جهة الميت، فكل جواب عرفته فيما إذا كان الوصى هو البائع، فهو الجواب فى الوكيل بالبيع.

وإذا أقر الوصى أنه استوفى جميع ما لفلان على فلان وهو مائة درهم، فأقام الورثة البينة أو غريم الميت، أنه كان له عليه مائتا درهم، حتى قبلت هذه البينة، فإن الغريم يؤخذ بالمائة الفاضلة، ولا يضمن الوصى إلا المائة التى أخذ، وذلك لأن بيان الوصى أنه قبض مائة صحيح إذا كان موصولا بإقراره، ووجب الدين بإدانة الميت على ما بينا، وإذا صح هذا البيان، صار كأنه قال: قبضت مائة وهى جميع ما عليه، ثم قامت البينة أن الدين على الغريم مائتان، ولو كان كذلك، يؤخذ الغريم بالمائة الفاضلة، ولا يضمن الوصى إلا المائة التى أخذها، فكذا هذا.

٢٠٩٠٥- وهذا بخلاف ما لو قال الوصى موصولا: وهى مائة، ثم قامت البينة أن الدين على الغريم مائتان، فإن الوصى يكون ضامنًا للمائتين، وذلك لأن بيان الوصى

له به، فإنه لا يصح متى كان مفصولا ؛ لما فيه من إبطال حق الغريم فى البراءة من المائة الأخرى بعد ما ثبت، وتقرر سكوت الوصى عن الإقرار، وإذا لم يصح منه البيان، فكأنه قال : استوفيت منه جميع ما للميت، ولم يقل : شيئًا آخر، ثم قامت البينة أنه كان مائتين رهنًا، يكون ضامنًا للمائة الأخرى ؛ لأنه جحدها لما قال : قبضت مائة بعد ما ثبت منه الإقرار بقبض الكل .

وهذا بخلاف ما لو وجب هذا الدين بإدانة الوصى والمسألة بحالها، فإن الوصى يضمن المائة الأخرى ؛ لأن البيان منه لا يصح متى وجب الدين بإدانته وإن كان موصولا، وإذا لم يصح البيان كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا وجب بإدانة الميت، وقد قال مفصولا : وهى مائة .

٢٠٩٠٦- قال : وإذا أقر الوصى أنه استوفى ما لفلان الميت عند فلان من وديعة، أو مضاربة، أو شركة، أو بضاعة، أو عارية، ثم قال بعد ذلك : إنما قبضت منه مائة، وأقر المطلوب أنه كان للميت عنده ألف درهم، فهذا على وجهين : إما أن أقر الوصى بالاستيفاء أو لا، ثم أقر المطلوب أنه كان ألفًا، أو أقر المطلوب أنه كان للميت عنده ألف درهم، ثم أقر الوصى باستيفاء ما عنده، وقول الوصى : وهى مائة إما أن يكون موصولا بإقراره أو مفصولا، فإن أقر الوصى بالاستيفاء أولا، ثم قال بعد ذلك : قبضت مائة، وقال المطلوب : كان ألف درهم، وقد قبضها، فإن الوصى لا يضمن أكثر مما أقر بقبضه، ويكون المطلوب بريئًا عن الجميع كما فى الدين، فإن قامت البينة أنه كان عند المطلوب ألف درهم، فإن الوصى ضامن لذلك كله، وذلك لأن بيان الوصى أن ما قبض مائة غير صحيح متى كان مفصولا ؛ لأنه متى صح هذا البيان، صار المطلوب ضامنًا لتسعمائة ؛ لأنه يصير جاحدًا لتسعمائة بقوله : قبضت منى ألف درهم، ولم يكن الوصى قبض منه ذلك، والأمين يضمن بالجحود، والبيان من الوصى مفصولا لا يصح متى كان فى البيان إيجاب ضمان على الغير[1]، كما لا يصح إذا كان فيه إبطال براءة يثبت للغريم، وتقررت بإقراره، وإذا لم يصح منه هذا البيان، فكأنه قال : استوفيت جميع ما عند المطلوب ولم يقل : وهو مائة، ثم قامت البينة على أنه كان عند المطلوب

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى م "الغريم".

ألف درهم، وهناك يصير ضامنًا لتسعمائة؛ لأنه يصير جاحدًا للزيادة على المائة بعد ما ثبت قبضه بخلاف ما لو أقر بذلك، ولم يقم البينة؛ لأنه لو ضمن، ضمن بقول المطلوب، وإنه شهادة فرد، ولا يضمن المطلوب؛ لأنه لو ضمن، ضمن بقول الوصى: إنه قبض مائة، والباقى عندك، وقد جحدته لما ادعيت قبض الكل.

هذا إذا قاله مفصولا، فأما إذا قاله موصولا، ثم أقر المطلوب أن ما عنده كان ألف درهم، فإن القول قول الوصى: إنه قبض منه مائة، ولا يتبع المطلوب بشىء بخلاف ما لو كان هذا فى الدين، فإنه يتبع الغريم بالباقى ذلك؛ لأن البيان منه صحيح متى كان موصولا، فيثبت قبض المائة لا غير بإقراره إلا أن المطلوب لا يضمن الباقى؛ لأنه يقول: دفعت الباقى إلى الوصى، وهو أمين فى الباقى، فيصدق فى حق براءة نفسه عن الضمان إن كان لا يصدق فى إيجاب الضمان على الوصى بخلاف الديون؛ لأنه لم يثبت من الغريم إلا قبض مائة لما صح منه البيان إلا أن الغريم ادعى إيفاء الباقى إلى الوصى، وأنكر الوصى، فيكون القول قول الوصى إنه لم يستوفِ.

٢٠٩٠٧- هذا إذا أقر الوصى أولا بالاستيفاء، فأما إذا أقر المطلوب أولا أن الأمانة عنده ألف درهم للميت، ثم أقر الوصى أنه استوفى جميع ما عنده وهو مائة موصولا أو مفصولا، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا أقامت البينة أن المال عند المطلوب كان ألف درهم؛ لأنه غير متهم فى هذا الإقرار؛ لأنه بهذا الإقرار ليس يوجب حقًا على غيره، وإنما يقر على نفسه، وإذا انتفت التهمة عن إقراره، صار الثابت به كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة إن قاله مفصولا، صار ضامنًا للكل، وإن قاله موصولا لا يلزمه إلا ما أقر بقبضه إلا أنه لا يتبع المطلوب بشىء بخلاف الدين على ما بينا.

٢٠٩٠٨- قال: وإذا أقر وصى الميت أنه قبض كل دين لفلان الميت على الناس، فجاء غريم لفلان الميت، فقال للوصى: قد دفعت إليك كذا وكذا، وقال الوصى: ما قبضت منك شيئًا، ولاعلمت أنه كان لفلان عليك شىء، فالقول قول الوصى، ولا يثبت البراءة للغرماء بهذا الإقرار الذى وجد من الوصى؛ لأن الإقرار بالاستيفاء حصل للمجهول؛ لأنه لم يضف الاستيفاء إلى جميع ما للميت من الديون إلى رجل بعينه، فإنه لم يقل: استوفيت جميع ما للميت من الديون على الناس من هذا، وإنما أضافه إلى

الناس، والمراد به بعضهم، فإنه لايتصور أن يكون للميت على جميع الناس دين، فكان المقر له بالاستيفاء مجهولا، والإقرار بالاستيفاء للمجهول باطل كالإقرار بالدين، فإنه لو أقر أن للناس عليه دينًا كان باطلا، وإذا بطل هذا الإقرار، صار وجود هذا الإقرار وعدمه بمنزلة، ولو عدم الإقرار، ثم جاء غريم، وقال: دفعت إليك الدين، وأنكر الوصى كان القول قوله، فكذا هذا بخلاف ما لو أقر بالاستيفاء من رجل بعينه؛ لأن الإقرار قد صح؛ لأنه حصل لمعلوم، فصح كالإقرار بالدين، وكذلك الجواب فى الوكيل بقبض الدين والوديعة والمضاربة؛ لأن الوصى وكيل بالقبض، وكل جواب عرفته فى الوصى، فهو الجواب فى الوكيل فى القبض.

٢٠٩٠٩- وإذا أقر الوصى أنه استوفى على فلان من دين الميت، فقال الغريم: كان له على ألف درهم، وقال الوصى: قد كان له عليك ألف درهم، ولكنك أعطيت الميت خمسمائة فى حياته، ودفعت الخمسائة الباقية إلى بعد موته، وقال الغريم: بل دفعت الكل إليك، فالجواب فيه كالجواب فى المسألة الأولى، يضمن الوصى ألف درهم، ولكن يستحلف الورثة على دعواه؛ لأنه حصل منه إقرار أن الدين على الغريم ألف درهم، وإقرار أنه استوفى جميع ما عليه؛ لأن كلمة ما كلمة تعميم، فتكون هذه والأولى سواء.

ولو أقر الوصى أنه استوفى ما لفلان الميت على الناس من دين استوفاه من فلان بن فلان، فقامت البينة أن للميت على رجل ألف درهم، فقال الوصى: ليست هذه فيما قبضت، فإنها يلزم الوصى، ويبرأ جميع غرماء الميت بهذا الإقرار؛ لأنه أقر باستيفاء جميع ما للميت على الناس من واحد، وإنه معلوم، وما أقر به متصور بأن يتبرع الواحد عن الكل، أو كان مأمورًا من جهة الكل، فقضى ما عليهم، فقد حصل مقرًا للمعلوم، وما أقر به متصور، فصح الإقرار بخلاف ما لو أقر، فقال: استوفيت جميع ما للميت من الدين على الناس، ولم يقل: هذا الرجل على ما بينا، واستشهد محمد رحمه الله لهذه المسألة الوارث[1]، فقال: ألا ترى أن الوارث يكتب البراءة من كل دين للوارث على الناس، ويكتب أنى قد عجلت لك نصيبك من جميع ما للميت على الناس، فإنه

---

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "لهذا بحيلة الوارث".

يبرأ جميع غرماء الميت عن نصيبه؛ لأنه أقر باستيفاء جميع نصيبه من الديون التى تركها الميت على الناس من هذا الواحد، وإنه متصور، بأن يتبرع عنهم بقضاء نصيبه، أو كان مأمورًا من جهتهم، فكان إقرارًا حصل لمعلوم، وما أقر به متصور.

٢٠٩١٠- ولو أن وصيًّا أقر أنه قبض جميع ما فى منزل فلان من متاعه وميراثه، ثم قال بعد ذلك: وهو مائة وخمسة أثواب، وادعى الوارث أنه كان أكثر من ذلك، وأقاموا البينة أنه كان فى ميراث الميت يوم مات فى هذا البيت ألف درهم ومائة ثوب، فإنه لا يلزم الوصى إلا قدر ما أقر بقبضه، وإن قال: وهو مائة مفصولا عن إقراره.

فرق بين هذا وبين الدين، فإنه لو أقر أنه استوفى جميع ما للميت من الدين على فلان، ثم قال مفصولا: وهو مائة، ثم قامت البينة أن الدين كان عليه ألفًا، فإن الوصى يكون ضامنًا الألف كلها، وإنما كان كذلك لأن البيان فى مسألتنا صح من الوصى، وإن كان مفصولا؛ إذ ليس فى الحكم بصحته إبطال براءة ثابتة للغير، أو إيجاب ضمان على الغير، فيصح منه هذا البيان كما لو ذكره موصولا، وإذا صح هذا البيان، وإن كان مفصولا، صار كأنه قال موصولا: وهو مائة، وخمسة أثواب، ولو قال: كذلك يثبت قبض ما أقر به، ولا يثبت قبض الباقى، فكذا هذا.

وقياس هذا من الدين أن لو قال: وهو مائة موصولا، فإنه لا يلزمه إلا قدر ما أقر به، والباقى يبقى على الغريم، بخلاف ما لو قال مفصولا فى باب الدين: وهو مائة؛ لأن البيان منه لم يصح فى حق الغريم؛ لما فيه من إبطال حق البراءة للغريم فيما زاد على المائة بإقراره أنه استوفى منه جميع ما عليه، وإذا لم يصح البيان، فكأنه قال: استوفيت جميع ما عليه، ولم يقل: وهو مائة، ثم قامت البينة أنه كان ألفًا، وهناك يلزمه الألف، فكذا هذا -والله أعلم-.

النوع الثامن عشر
فى دعوى الوصاية وإثباتها:

٢٠٩١١- بعض مسائل هذا النوع ذكرناها فى "كتاب أدب القاضى"، والمسألة

الأولى فرع للمسائل المتقدمة وبناء عليها، وصورتها: رجل ادعى أن الميت أوصى إليه في كل قليل وكثير، وصدقه بذلك الذي قبله المال، ففي الوديعة والغصب ومسألة الوصية التي مرّ تفسيرها لا يأمره القاضي بالدفع؛ لأن عين هذا المال ملك غيره، فإقرار ذي اليد أن المدعي وصي الميت إقرار له بثبوت ولاية أخذ مال الغير، فيكون هذا إقرارًا على غيره، ونظير هذا لو جاء رجل إليه في حياة صاحب المال، وادعى أن صاحب المال وكله بقبض ما عنده من الوديعة والغصب، وأقر به ذو اليد، لا يؤمر بالدفع إليه، وطريقه ما قلنا.

وفي الدين كان محمد رحمه الله يقول أولا: يؤمر بتسليم ما عليه من الدين إلى المقر له، ثم رجع، وقال: لا يؤمر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله، وجه قوله الأول: إن الوصي وكيل بقبض ما عليه من الدين من جهة صاحب الدين بعد وفاته، فيعتبر بالوكيل بقبض ما عليه من الدين حال حياته، والغريم لو أقر بالوكالة بقبض ما عليه حال حياة الموكل يصح، ويجبر على التسليم؛ لأنه يقر بتسليم مال نفسه؛ لما عرف أن الديون يقضى بأمثالها، فكذلك إذا أقر بالوكالة بعد وفاته.

وجه قول الآخر: إنا إنما صدقنا المقر في مسألة الوكالة باعتبار أن إقراره حجة عليه خاصة، وليس في تسليم ماله إلى المقر له تصرف على صاحب المال بوجه من الوجوه؛ لأن الوكالة لو لم تكن ثابتة لا تثبت على صاحب المال شيء؛ إذ ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب، فلما اقتصر حكم إقرار المقر عليه وجب العمل به، أما ههنا العمل بإقراره تعدى إلى الميت، وإلى الورثة؛ لأن الوصاية تثبت على الميت، وإن لم يكن هذا الرجل وصيًا من جهة الميت؛ إذ للقاضي ولاية على الميت في نصب الوصي عنه حال غيبة الورثة، فإذا أمره بالتسليم إلى المقر له؛ بناء على أنه وصي أوجب ذلك نفاذًا على الميت، فيصير وصيًا حقيقةً وحكمًا، وإذا كان العمل بإقراره يتعدى إلى غيره لا يعمل به، فلهذا افترقا.

٢٠٩١٢- قال محمد رحمه الله في "الجامع": رجل غاب، وله عند رجل ألف درهم وديعة، أو غصب في يده، وله عليه ألف درهم دين جاء رجل، وادعى أن صاحب المال مات، وأوصى إليه بكل قليل وكثير هو له، وأقام بينة على ذلك، فالذي

فى يديه خصم له أقر بالمال، أو جحد، أما إذا جحد فلأنه زعم أن ما فى يده ملكه، فينتصب خصمًا له بحكم اليد، وأما إذا أقر: فلأن المودع والغاصب ينتصبان خصمًا للمالك، ولمن قامه مقامه، والوصى قام مقام الميت فى حقوقه كالوارث، فلهذا ينتصب خصمًا، فيقبل القاضى البينة عليه، ويأمره بالدفع إليه.

فإن دفع ذلك الرجل المال إليه بأمر القاضى، ثم جاء صاحب المال حيّا، فهذا على وجهين: إما أن هلك المال فى يد الوصى أو كان قائمًا، أما الوجه الأول ما إذا هلك المال فى يد الوصى: فنقول: لا ضمان على الشهود وإن ظهر كذبهم؛ لأنهم لم يشهدوا إلا بحق القبض للموصى، ولهذا لا يوجب الضمان كما فى حالة الحياة، ثم بعد هذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن يكون [المال][1] الذى قبله المال غاصبًا أو مودعًا أو غريمًا، فإن كان غاصبًا كان لصاحب المال أن يضمنه إن شاء؛ لأنه كان ضامنًا بسبب الغصب السابق، ولم يبرأ بالتسليم إلى المدعى؛ لأنه ظهر أنه لم يكن نائبًا عن المالك، وإن شاء، ضمن المدعى للوصاية؛ لأنه قبض ماله بغير حق، فإن ضمن الغاصب، رجع على مدعى الوصاية؛ لأنه ملكه من وقت الغصب بأداء الضمان، فيرجع عليه كما فى غاصب الغاصب.

وليس يستقيم قول من قال: بأنه إنما قبض بناء على تسليمه ودفعه؛ لأنه إنما دفع المال إليه بناء على أنه مال الوصى، وأن القابض نائب عنه، فإذا ظهر أن المدفوع ماله، ظهر أنه لم يكن راضيًا بالدفع، وكان له أن يرجع به عليه، وإن ضمن المدعى الموصى به، لم يرجع به على الغاصب؛ لأنه بمنزلة غاصب الغاصب متى أدى الضمان لا يرجع به على الغاصب، وإن كان الذى فى يده المال مودعًا، فلا ضمان عليه؛ لأنه كان مكرهًا ومجبرًا فى الدفع، فلا يضمن كما لو غصبها منه غاصب بخلاف ما إذا كان الذى فى يديه المال غاصبًا؛ لأن هناك الضمان كان واجبًا، حاجتنا إلى البراءة، وبالتسليم إلى من لم يؤمر بالتسليم إليه من جهة المالك، لا يبرأ عن الضمان، وإن كان مجبرًا فى التسليم، أما فى الوديعة: فالضمان لم يكن واجبًا لو وجب إنما يجب التسليم وهو كان مخيرًا فى التسليم، ولكن الوصى ضامن، وإن قبض بأمر القاضى إلا أن أمر القاضى إياه لم يصح

---

(١) زيد من م.

لما ظهر صاحب المال حيًا ، فصار قابضًا ماله بغير إذنه ، وبغير إذن من يلي عليه ، فكان ضامنًا ، وإن كان المال دينًا على رجل ، فليس لصاحب الدين حق تضمين المدعى للوصاية ؛ لأنه ما قبض له ، بل قبض مال المديون ؛ لما عرف أن المديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ، ولكنه يضمن الذى عليه الدين ؛ لأن الدين كان واجبًا عليه ، ولم يبرأ بالدفع إلى المدعى ؛ لأن أكثر ما فى الباب أن الدفع كان بأمر القاضى إلا أنه ظهر أن أمر القاضى بالدفع ، كان حال حياته ، فكان باطلا ، فلهذا كان له حق تضمينه ، وإذا ضمنه كان له أن يرجع على المدعى للوصاية بما قبض منه لوجهين : أحدهما : أنه إنما رضى بالدفع إليه ليحصل له براءة ذمته ، فإذا لم يحصل له ذلك لم يكن راضيًا ، وكان له حق الرجوع ، والثانى : أن المدفوع ليحصل به البراءة مدفوع بجهة المعاوضة ؛ لأنه يصير مشتريًا ما فى ذمته بما يؤدى ، والمقبوض بجهة المعاوضة مضمون كالمقبوض بحقيقة المعاوضة .

وأما الوجه الثانى : وهو ما إذا كان المال قائمًا فى يد مدعى الوصاية ، فصاحب المال بالخيار إن شاء ، أجاز قبض المدعى للوصاية ، وإن شاء لم يجز ، أما فى الوديعة والغصب فلأن المقضى له بالوصاية قبض مال غيره بغير إذن صاحبه ، فتوقف على إجازته ، وأما فى الدين فلأن من عليه الدين صار مشتريًا ما فى ذمته من هذا القابض بما أدى بغير إذن من له الدين ، فصار كشراء مال إنسان من فضولى ، فيتوقف على إجازته مادام المقبوض قائمًا ، فإن لم يجز كان له أن يضمن الغاصب والغريم ؛ لأن الضمان كان واجبًا عليهما ، والبراءة إنما تحصل إما بالإبراء ، أو بالدفع إلى المالك ، أو إلى نائب المالك ولم يوجد ، وإن أجاز قبضه ، برئ الغريم والغاصب حتى لو ضاع ما فى يد الوصى بعد الإجازة قبل قبض المالك ، لم يكن للمالك على الغريم والغاصب سبيل ؛ لأن الإجازة صحت لقيام القبض ببقاء المقبوض ، والإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء ، ولو أذن له فى الابتداء ، كان الجواب كما قلنا ، فكذا إذا أجاز فى الانتهاء .

وحكى عن الكرخى عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لا يتوقف القبض على إجازة المالك ؛ لأن التوقف إنما يكون للعقود دون الأفعال ، وكان المذكور ههنا قول محمد رحمه الله .

٢٠٩١٣- هذا الذى ذكرنا إذا جاء صاحب المال حيًا ، فلو أنه لم يأت صاحب

المال، ومات وتحقق موته، ثم جاء وارثه، ووجد الشهود عبيداً، وباقى المسألة بحالها، فلا ضمان على الذى قبله المال فى هذا كله، ولا على الشاهدين، أما عليهما فلأن كذبهما لو ظهر، يتعين فيما شهدا، بأن جاء المشهود بموته حيّا لا يضمن، فهذا أولى، وأما على الذى قبله المال، أما المودع: فلما مر فى الوجه الأول، وأما الغاصب والغريم: فلأن القاضى أمرهما بالدفع إلى المدعى بناء على حق المدعى فى القبض بطريق الإيصاء ببينة أقامها المدعى، وببطلان البينة لم تبطل ولاية القاضى؛ لأنه يملك نصب الوصى للميت؛ ليقبض حقوقه إذا لم يكن له وصى، وكان الوارث غائبًا.

والأصل أن ولاية القاضى فيما يقضى متى بطلت إلى ولاية، لا يملك بها ذلك التصرف، لم يجز نقض قضاءه كبينة قامت على رجل ميت بالدين، فباع القاضى ماله، ثم ظهر أن الشهود عبيد، فالبيع لا يبطل؛ لأن للقاضى ولاية بيع مال الميت، وههنا كذلك، ولكن للوارث أن يضمن القابض فى جميع هذه الوجوه؛ لأن القابض إنما قبض بناء على سبب ظهر بطلانه، وهو كونه وصيّا من جهة الميت، وإنما لم يضمن الدافع باعتبار أنه دفعه بأمر القاضى، ولم يتبين فساد أمره فى حق الدافع، ولا فى حق القاضى؛ لما مر، فأما القابض فغير متصرف بأمر القاضى إنما اعتمد وجهًا باطلا فى حق نفسه، فصار القابض فى حق نفسه ضمينًا، وفى حق الدافع وصيّا أمينًا، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن القاضى لو أمره بالدفع إلى أخى الميت، ثم ظهر ابن الميت، فالدافع لا يضمن، والقابض يضمن، كذا ههنا.

النوع التاسع عشر

فى عزل الوصى وفى ضم الوصى إلى الوصى:

٢٠٩١٤- قال: الوصى إذا خان، فقد اختلف المشايخ رحمهم الله: أن القاضى يضم إليه أمينًا ثقة يمنعه من الخيانة، أو يخرجه من الوصاية، وأشار محمد رحمه الله فى كتاب المكاتب فى باب مكاتبة الوصى: أن القاضى يخرجه من الوصاية، وإذا كان الوصى عدلا إلا أنه يعجز عن القيام بمصالح الصغير، وعن التصرف فى ماله، اختلف المشايخ رحمهم الله فيه أيضًا: والصحيح أن القاضى لا يخرجه، بل يضم إليه أمينًا يعينه

على ذلك.

ذكر شيخ الإسلام رحمه الله فى شرح هذا الكتاب، وأما إذا كان عدلا كافيًا لا ينبغى للقاضى أن يعزله، ولكن مع هذا لو عزله ينعزل، وينصب وصيّا آخر ذكر شيخ الإسلام هذا فى كتاب الوصايا فى باب الوصى والوصية.

٢٠٩١٥- وفى "فتاوى الفضلى": وصى على وقف، أو فى تركة ميت عجز عن القيام بأمر الميت والوقف، وأقام الحاكم قيما آخر، ثم قال الوصى بعد أيام: صرت قادرًا على القيام بما فوض إلى، هل يعيده الحاكم إلى ما كان؟ قال: هو وصى على حاله لا يحتاج إلى إعادة الحاكم؛ لأنه لم يذكر فى المسألة أن الحاكم أقام قيما آخر مقامه حتى يتضمن ذلك عزل الأول، إنما ذكر أنه قام قيما آخر، والأول لا ينعزل بضم آخر إليه.

النوع العشرون

فى الشهادة على الإيصاء من الوصى ومن غيره:

٢٠٩١٦- قال: وإذا أوصى إلى رجلين، ثم إنهما شهدا أنه أوصى إلى فلان معهما، فهذا على وجهين: إما أن كان المشهود له يدعى ذلك أو يجحد، فإن كان يدعى، فالقياس أن لا يقبل شهادتهما، وفى الاستحسان: يقبل، وجه القياس أنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما منفعة؛ لأنهما بشهادتهما ينصبان لأنفسهما معينًا يستعينان به فى أعمال الميت، فكان لهما فى هذه الشهادة منفعة، فكان يجب أن لا يتقبل شهادتهما.

وجه الاستحسان: أنهما لو لم يشهدا بذلك، ولكن سألا من القاضى أن يدخل معهما هذا الرجل، وهو يريد ذلك، كان للقاضى أن يدخل معهما الثالث، وإن لم يثبت كون الثالث مرضى الميت بشهادة عدلين، فإذا ثبت كونه مرضى الميت بشهادتهما أولى، وإذا كان للقاضى إدخال هذا الثالث معهما فى الوصية إذا كان الثالث يريد ذلك من غير شهادتهما لا يكون نصب هذا الثالث من القاضى وصيّا معهما فى تركة الميت مضافًا إلى شهادتهما، هذا إذا كان المشهود له يدعى ذلك، فأما إذا كان لا يدعى فإن شهادتهما لا

تقبل قياسًا واستحسانًا .

فإن كان الورثة يدعون ذلك والمشهود له يجحده، فلمعنى واحد، وهو أن القاضي لو أراد أن يدخل معهما هذا الثالث إذا سألا ذلك من القاضي، ولم يشهدا بذلك، لا يكون للقاضي أن يجعل الثالث وصيًا معهما إذا كان الثالث لا يريد ذلك لو جعله وصيًا معهما، فإنما يجعله وصيًا بشهادتهما، ولا يجوز أن يجعل الثالث وصيًا بشهادتهما؛ لأن لها في ذلك منفعة بخلاف ما لو كان الثالث مريدًا لذلك؛ لأن للقاضي أن يجعله وصيًا معهما متى سألا ذلك، ولم يشهدا، فإذا شهدا أولى، وإن كانت الورثة لا يدعون كون الثالث وصيًا معهما لا تقبل شهادة الوصيين قياسًا واستحسانًا لوجهين: أحدهما: أنه لا يدعى في هذه الشهادة، والشهادة متى قامت على حق من حقوق العباد، لا تقبل من غير دعوى، ولم توجد الدعوى لا من الوصي ولا من الوارث، والمعنى الثاني ما ذكرنا أنه ليس للقاضي أن يدخل هذا في الوصاية بسؤال الوصيين إذا كان الثالث لا يريد ذلك إلى آخر ما ذكرنا.

قال في "الأصل": وإذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه؛ لأنهما لما أقرا أن معهما وصيًا آخر، فقد أقرا بعجزهما عن التصرف في مال الميت على ما عرف أن أحد الأوصياء، لا ينفرد بالتصرف، وقد تعذر أن يجعل المشهود عليه وصيًا لما لم تقبل شهادتهما إذا كان المشهود عليه لا يريد الإيصاء، وكان للقاضي أن يدخل معهما ثالثًا كمن أوصى إلى ثلاثة، ثم مات أحد الأوصياء، ولم يوص إلى آخر كان للقاضي أن ينصب معهما ثالثًا، فكذا هذا.

من مشايخنا رحمهم الله من قال: ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثًا قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله؛ لأنهما أقرا أنهما عاجزان عن التصرف في مال الميت بدون الثالث، وقد تعذر جعل المشهود عليه وصيًا بشهادتهما لما جحد، فكان للقاضي أن ينصب آخر معهما كما لو مات أحدهما، فأما عند أبي يوسف رحمه الله لم يقرا بالعجز؛ لأن لكل واحد من الأوصياء أن يتفرد بالتصرف في مال الميت عند أبي يوسف رحمه الله.

ومنهم من يقول: لا، بل المذكور في الكتاب قول الكل وهو الظاهر، فإنه لم

يحكِ فيه خلافًا ، فيحتاج إلى أن يذكر لأبى يوسف رحمه الله وجهًا آخر ، وهو أن فى نصب الثالث وصيّا نوع منفعة للميت حتى إذا همّ به الآخران بخيانة ، فإن الثالث يمنعهما ، فإن لم يمتنعا رفع الأمر إلى القاضى حتى يعزلهما ، فكان للقاضى أن ينصب معهما ثالثًا عند أبى يوسف ؛ ليحصل المنفعة التى ابتغاها الميت من الإيصاء إلى ثلاثة نفر ، إن لم يكن له إدخال الثالث معهما لمكان العجز ، وإن صدقهما ، وقال : لا أقبل الوصية ، قال : أدخلت معهما ثالثًا ؛ لأن للوصى أن لا يقبل الوصية بخلاف ما لو قبل ، ثم أبى ، فإنه لا يعمل رده وإباءه .

٢٠٩١٧- قال : وإذا شهد شاهدان أن أباهما أوصى إلى فلان ، وقبل ذلك فلان، وفلان يدعى ، فالقياس أن لا تقبل شهادتهما ، وفى الاستحسان : تقبل ، وجه القياس أنهما يشهدان أن أباهما وكل هذا بعد وفاته فى أسبابه ، ولو شهدا حال حياته ، أنه وكل هذا بقبض حقوقه ، وقبل ، والأب غائب والوكيل يدعى وغرماء الميت[1] يجحدون لا تقبل هذه الشهادة ، فكذا هذا ، بل أولى ؛ لأنه لا منفعة لهما فى كونه وكيلا حال حياة الأب ، إنما المنفعة لأبيهما لا غير ، وبعد وفاة الأب كما أن للأب منفعة فى كون هذا وصيّا له ، فإنه ينفذ وصاياه ، ويقضى ديونه ، ويحفظ تركته حتى إذا ظهر دين أو وصية ، فإنه يمكنه القضاء ، وللورثة فى ذلك منفعة أيضًا : فإن الوصى يستخرج أموال الميت من الناس ، ويجمعهما حتى يأكله الورثة ، فإذا لم يقبل شهادتهما بكونه وكيلا لأبيهما حال حياة الأب ، فبعد وفاة الأب أولى ، والدليل عليه ما لو شهدا أن فلانًا أوصى إلى أبيهما ، وإنه قد قبل وفلان يدعى ، فإنه يقبل شهادتهما ؛ لأنهما يشهدان لأبيهما باليد والولاية فى مال اليتيم[2] ، فلم يقبل شهادتهما ، فكذا هذا .

وجه الاستحسان : أن ابنى الميت لو لم يشهدا بذلك ، ولكنهما سألا من القاضى أن يجعل هذا وصيّا من غير شهادة كان للقاضى ذلك ، إذا كان الوصى يريد الإيصاء ، ويرغب فيه ، وإن لم يثبت كونه مرضى الميت بشهادة عدلين ، فحال ما يثبت كونه مرضى الميت بشهادة عدلين أولى .

---

(١) وفى م "الأب".

(٢) وفى م "الميت".

وأما إذا كان فلان يجحد ذلك، وباقى الورثة لا يدعون، فإنه لا يقبل شهادتهما قياسًا واستحسانًا لوجهين: أحدهما: أن هذه الشهادة قامت على إثبات حق من حقوق العباد، فلاتقبل من غير دعوى، والثانى: أنه ليس للقاضى أن ينصب هذا وصيّا بسؤالهما من غير شهادة إذا كان الوصى لا يريد الوصاية، ولا يرغب فيه، ولو جعله وصيّا، فإنما يجعله بشهادتهما، ولا يجوز أن يكون نصب الوصى مضافًا إلى شهادتهما؛ لأن لهما فى هذه الشهادة منفعة.

وإن كان بقية الورثة يدعون، وهو يجحد لا تقبل قياسًا واستحسانًا لا لعدم الدعوى، ولكن للمعنى الآخر بخلاف ما إذا كان للمشهود له يدعى ذلك، وبخلاف ما لو شهدا بالوكالة حال حياة الأب؛ لأن الاثنين لو سألا من القاضى أن ينصب وكيلا بقبض حقوقه حال غيبة الأب، فإن القاضى لا ينصب وكيلا فى مال أبيه؛ لأنه يجىء، فيقبض حقوقه، وإذا لم يكن له نصب الوكيل بسؤالهما حال حياة الأب، فلو نصب هذا وكيلا، فإنما ينصب بشهادتهما، ولا يجوز نصبه وكيلا بشهادتهما؛ لأنهما يشهدان لأبيهما بخلاف ما لو كان الأب ميتًا، وسألا من القاضى أن ينتصب وصيّا، فإن للقاضى أن ينصب هذا وصيّا من غير شهادتهما لعجز الميت عن الإيصاء بنفسه فمع شهادتهما أولى إذا كان الوصى يريد ذلك.

وليس هذا كما لو شهدوا أن فلانًا أوصى إلى أبينا، وورثة الميت يجحدون فإنه لا تقبل شهادتهما؛ لأن الشاهدين لو سألا من القاضى أن ينصب هذا وصيّا فى تركة فلان وهما ليسا بسبيل من تركة فلان، والورثة لا يدعون فإنه لا يكون للقاضى أن ينصب هذا وصيّا، فلو نصب ههنا، فإنما ينصب بشهادتهما، ولهما فى هذه الشهادة منفعة؛ لأنهما يثبتان لأبيهما يدا وولاية فى تركة، الميت وهذه منفعة ادعاها الأب، فلا تقبل هذه الشهادة حتى لو كانت الورثة يدعون والأب يجحد تكون المسألة على القياس والاستحسان الذى ذكرنا بخلاف ما لو شهد ابنا الميت أن الميت أوصى إلى هذا والوصى يدعى؛ لأن للقاضى أن ينصب هذا وصيّا بمجرد سؤالهما من غير شهادة فمع الشهادة أولى.

٢٠٩١٨- قال: وإذا شهد رجلان لهما على الميت دين أن الميت أوصى إلى فلان

وقبل ذلك، وفلان يدعى القياس أن لا تقبل هذه الشهادة، وفى الاستحسان: تقبل، وجه القياس: أنهما بهذه الشهود يجران إلى أنفسهما مغنمًا، فإنهما ينصبان للميت من يطالبانه بالدين، ويخاصمان معه، والشاهد متى جر بشهادته مغنمًا لا تقبل شهادته؛ لأنه كالشاهد لنفسه، ألا ترى أنه لو شهد حال حياة الميت أنه وكل فلانًا بقضاء دينهما، والوكيل يدعى والغريم غائب، فإنه لا يقبل بشهادتهما؛ لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنمًا من الوجه الذى ذكرنا، فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن ربى الدين لو سألا من القاضى أن ينصب هذا وصيّا بعد موت المديون حتى يقضى دينهما، ويطالبانه بذلك، وهو يرغب فى قبول الوصايا، كان للقاضى أن ينصب هذا وصيّا بطلب ربى الدين، وإن لم يثبت كونه مرضى الميت، وإذا كان للقاضى نصب الوصى بدون شهادة رب الدين، فمع شهادتهما أولى بخلاف ما لو شهدا بالدين حال حياة المديون، والمديون غائب أنه وكل هذا بقبض دينه، فإنه يقبل شهادتهما؛ لأن ربى الدين لو طلبا من القاضى أن ينصب هذا وكيلا عن الغائب حتى يخصمانه فى الدين، ويقضى دينهما، فإن القاضى لا يجعله وكيلا عن الغائب بطلبهما، وإذا لم يكن للقاضى نصب الوكيل عن الميت فى قضاء دينه، وإن كان الوكيل يريد بذلك، لم يكن له أن ينصب بشهادتهما؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران إلى أنفسهما مغنمًا.

٢٠٩١٩- هذا إذا كان الوصى يدعى ذلك، وإن كان لا يدعى إن كان ورثة الميت وغير الشاهدين من غرماء الميت يدعون ذلك، فإنه لا يقبل شهادتهما قياسًا واستحسانًا لا لعدم الدعوى؛ لأن الدعوى وجدت ممن هو بسبيل من هذه الدعوى، ولكن لأن القاضى لا يقدر أن ينصب هذا وصيّا فى تركة الميت إذا كان لا يرغب فى الإيصاء بطلبهما، ولو جعله وصيّا إنما يجعله بشهادتهما، ولا يجوز نصب الوصى بشهادتهما؛ لأن لهما فى هذه الشهادة منفعة.

وإن كانت الورثة وبقية الغرماء لا يدعون وصايته قائمًا، لا تقبل قياسًا واستحسانًا للوجهين اللذين ذكرنا، وكذلك إذا شهد رجلان عليهما دين للميت أن الميت أوصى إلى فلان وفلان يدعى، فالمسألة على القياس والاستحسان، وجه القياس أنهما بشهادتهما

يجران إلى أنفسهما مغنمًا، فإنهما ينصبان إلى أنفسهما من يقبض الدين منهما، فيبرئان عن الدين، فيجب أن لا تقبل شهادتهما كما لو شهدا حال حياة رب الدين أنه وكل فلانًا بقبض ما علينا من الدين، وجه الاستحسان ما بينا: أن للقاضي أن ينصب هذا وصيًّا بطلبهما من غير شهادة إذا كان الوصي يريد الوصاية، ويرغب فيها، فمع الشهادة أولى، وأما إذا كان الوصي لا يدعي ذلك إن كانت الورثة يدعون، لا يقبل قياسًا واستحسانًا لا لعدم الدعوى، ولكن لأن نصب الوصي في هذه الحالة مضاف إلى شهادتهما، وهذا لا يجوز؛ لأن لهما في هذه الشهادة منفعة، وإن كانت الورثة يجحدون، ولا يدعون ذلك لا تقبل قياسًا واستحسانًا لعدم الدعوى، وللمعنى الآخر الذي بينا حالة الدعوى من الورثة.

٢٠٩٢٠- وإذا شهد أبناء الوصي أن فلانًا أوصى إلى أبينا، والوصي يدعي، والورثة لايدعون، فإنه لا تقبل هذه الشهادة قياسًا واستحسانًا؛ لأنهما يشهدان لأبيهما، فإنهما يشهدان له باليد، والتصرف في تركة الميت، وليس للقاضي أن ينصب هذا وصيًّا في تركة الميت بطلبهما من غير شهادة، وإن كان الوصي يرغب في الوصاية؛ لأنهما ليسا بسبيل من تركة الميت، وإذا لم يكن له أن ينصب هذا وصيًّا بطلبهما من غير شهادة، وإن كان الوصي يرغب في الوصاية، لم يكن له النصب بشهادتهما؛ لأن النصب حينئذٍ يكون مضافًا إلى شهادتهما، وهذا لا يجوز؛ لأنهما يشهدان لأبيهما.

فأما إذا كان الوصي يجحد والورثة يدعون، فإنه تقبل هذه الشهادة؛ لأن الدعوى وجدت ممن هو بسبيل من هذه الدعوى، وما يحصل للأب من المنفعة من الوجه الذي بينا منفعة مجحودة، والمنفعة المجحودة للأب لا تمنع قبول الشهادة، كما لو شهد الإنسان أن أبانا باع هذا العين من فلان، والأب يجحد البيع، فإنه تقبل هذه الشهادة، وإن كان للأب فيه منفعة؛ لأنها منفعة مجحودة، ولو ادعى الأب لا تقبل، كذا هذا.

وإن كانت الورثة لا يدعون لا تقبل هذه الشهادة؛ لأنه لا يدعي لهذا، وشهادة الأخ في هذا مقبولة؛ لأنه شهد لأخيه، وشهادة الأخ لأخيه مقبولة، وشهادة الشريكين المتفاوضين أو غير المتفاوضين في هذا جائز؛ لأن الإيصاء غير داخل تحت المفاوضة، وما لم يدخل تحت المفاوضة، فالحال فيه بعد المفاوضة كالحال قبلها.

٢٠٩٢١- وإذا شهد أبناء أحد الوصيين أن فلانًا أوصى إلى أبينا وفلان معنا إن كان الأب يدعى، فإنه لا تقبل هذه الشهادة، لا فى حق الأب، ولا فى حق الأجنبى، أما فى حق الأب فلا شك فيه، وأما فى حق الأجنبى فلأنهما شهدا بكلمة واحدة، وقد بطل بعضها، فيبطل الباقى، هذا كما قال محمد رحمه الله فى كتاب الطلاق: ولو شهدا أن فلانًا قذف، أمنا، وفلانة بكلمة واحدة لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن هذه شهادة واحدة قد بطل بعضها، فبطل كلها.

وإن كان الأب لا يدعى، ويدعيه الورثة، فإن الشهادة تقبل وإن كان للأب فى ذلك منفعة؛ لأنها منفعة مجحودة، وإن كان الأب لا يدعى، ولا شريك الأب ولا الورثة لا تقبل هذه الشهادة لعدم الدعوى.

٢٠٩٢٢- قال: وإذا شهد شاهدان أنه أوصى إلى هذا، وإنه رجع عن ذلك، وأوصى إلى هذا الآخر، أجزت شهادتهما، خلت عن التهمة. وإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى إلى هذا الرجل، ثم شهد أبناء الوصى أن الموصى عزل أباهما عن الوصاية، وأوصى إلى فلان، أجزت شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على أبيهما للأجنبى، فإنهما يبطلان يد أبيهما، وما ثبت له من الولاية فى تركة الميت.

٢٠٩٢٣- قال: ولو شهد أنه أوصى إلى أبيهما، ثم عزله عن الوصاية، وأوصى إلى هذا أجزت شهادتهما؛ لأنهما فى الحاصل يشهدان على أبيهما، قال: ولو شهد على ذلك أبناء الميت أو غريمًا الميت لهما عليه دين، أو له عليهما وفلان يدعى، فالمسألة على القياس والاستحسان الذى ذكرنا.

٢٠٩٢٤- وإذا شهد شاهدان أن فلانًا جعل هذا وكيلا فى جميع ما تركه بعد موته، جعلته وصيًا له؛ لأن الوكالة والوصاية ينبئان عن معنى واحد، ألا ترى أن من قال لآخر: كن وصيّى فى حياتى صار وكيلا؛ لأنهما ينبئان عن معنى واحد، وإذا قال: جعلته وصيًا، فهذا وما لو قال: أوصيت إليه سواء، فيصير وصيًا.

٢٠٩٢٥- وإذا شهد أحد الشاهدين أنه أوصى إلى فلان يوم الخميس، وشهد الآخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة، تقبل هذه الشهادة؛ لأن المشهود به قول، واختلاف الشهود فى الأقوال من حيث الزمان والمكان لا يمنع قبول الشهادة.

النوع الحادى والعشرون
فى شهادة الوصى للميت أو للوارث بشىء
وشهادته على الميت وشهادته على الوارث:

٢٠٩٢٦- قال محمد رحمه الله: شهادة الوصى للميت بدين، أو غير ذلك باطلة، سواء كانت الورثة صغارًا أو كبارًا، إن كانت صغارًا، فلأنه هو الولى فى مال الصغار، والقابض لذلك، فصار كالشاهد لنفسه، وإن كانوا كبارًا، فلأن للوصى قبض دين الميت، وإن كان الورثة كلهم كبارًا حضورًا كانوا أو غيبًا، حتى برئ الغريم عن الدين، وله بيع العروض حال غيبتهم، وإن لم يكن له البيع حال حضرتهم، وإذا كان له قبض مال الميت، وإن كانت الورثة كبارًا، صار شاهدًا لنفسه، فلا تقبل شهادته كما لو كانت الورثة صغارًا كلهم.

قال: وإذا شهد لبعض الورثة على الميت دين أو غيره، والوارث صغير، فإنه لا تقبل شهادته؛ لأن الوارث إذا كان صغيرًا، فالقبض والتصرف للوصى، فصار كالشاهد لنفسه، وكذلك لو شهد بدين على الأجنبى لا تقبل؛ لأنه هو القابض لذلك والمتصرف فيه، فصار كالشاهد لنفسه، وإن كان الوارث كبيرًا، وقد شهد له بالدين على الميت، فكذلك على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا تقبل هذه الشهادة، وقالا: تقبل، وأجمعوا على أنه إذا شهد للوارث الكبير بدين، أو غيره على الأجنبى، فإنه تقبل شهادته.

وجه قولهما وهو أنه يشهد للوارث بما لا يكون قبض ذلك إليه، فوجب أن تقبل هذه الشهادة قياسًا على ما شهد للوارث الكبير بدين أو غيره على الأجنبى بخلاف ما لو كان الوارث صغيرًا؛ لأنه هو القابض لذلك، ألا ترى أنه لو شهد للوارث الصغير بدين، أو غيره على الأجنبى، لم تقبل شهادته، فكذا على الميت بخلاف ما نحن فيه.

وأما أبو حنيفة رحمه الله: فذهب فى ذلك إلى أن الوصى قائم مقام الموصى، والموصى لو شهد فى مرض موته بدين للوارث على نفسه لم تقبل شهادته؛ لما فيه من إيثار بعض ورثته على بعض بشىء من ماله، فكذا الوصى الذى قام مقامه بخلاف ما لو

شهد للوارث الكبير بشيء على أجنبى، فإنه يقبل، وإن صار مؤثراً بعض الورثة على البعض؛ لأن الإيثار حصل بمال الأجنبى لا بمال الميت، والميت يملك إيثار بعض الورثة على البعض بمال الغير بقوله: فإنه لو قال لآخر: هب لوارثى هذا كذا، فوهب جاز، فكذا هذا، فلما ملك هذا الموصى ملكه الوصى، فأما الوصى فلا يملك إيثار بعض الورثة على البعض بماله بمجرد قوله، فكذا وصيه الذى قام مقامه.

أو يقال: بأن الوارث الكبير يشبه الصغير من وجه، ويشبه الأجنبى من وجه، أما يشبه الصغير فإنه يبيع عليهم العروض التى ورثوها من أبيهم حال غيبتهم كما يبيع على الصغير، ويقبض ديون الميت حضوراً كانوا أم غيبًا كما لو كانت الورثة صغاراً، وأما يشبه الأجنبى فإنه لا يملك بيع ماله المنقول حال حضرتهم ولا العقار، وإن غابوا، فوفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: من حيث إنه بمنزلة الوارث الصغير من وجه، لا تقبل شهادته للوارث الكبير على الميت، ومن حيث إنه بمنزلة الأجنبى من وجه تقبل شهادته للوارث الكبير على الأجنبى توفيراً على الشبهين حظهما بقدر الإمكان.

٢٠٩٢٧- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: فى وصى فى يده مائة درهم لميت، ثم دفعها إلى رجل، وأقر أن الميت أقر له بها دينًا عليه، وكذبه الوارث، وضمنه القاضى المائة للورثة، فدفعها إليهم، أو لم يدفعها إليهم، حتى شهد الوصى، ورجل آخر لأجنبى أن له على الميت دين مائة درهم، فالشهادة جائزة، والمائة التى قضى بها على الوصى[1] للغريم الثانى، ويرجع الوصى بدراهمه على الغريم الأول.

ولو شهد الوصى، ورجل آخر لهذا المدفوع إليه أن له على الميت مائة درهم سوى ما دفع إليه الوصى، لا تجوز شهادتهما؛ لأنا لو أجزناها أبرأنا الوصى مما ضمن، وكان ما قبض منه الغريم قصاصًا بما كان عليه.

٢٠٩٢٨- رجل مات وله مائة درهم، وله وصيّان دفعاها إلى رجل، زعما أنه وارث الميت، ثم أقام آخر بينة أنه ابن الميت ووارثه، وضمنها القاضى المائة للابن، فلم يقبضها منهما أو قبضهما، ثم شهد الوصيّان لآخر أنه ابن الميت أو غريمه أو موصى له بالثلث، فالشهادة جائزة له.

---

(١) وفى ظ "الميت".

النوع الثانى والعشرون

فى أمر الوصى غيره بالتصرف فى التركةوفى قبض الوصى تركة الميت من منزل الميت:

٢٠٩٢٩- وإذا أمر الوصى مودع الميت بأن يهب الوديعة، أو يقرض، أو يتصدق بها، ففعل، ضمن المودع؛ لأن الوصى لا يملك ذلك بنفسه، فلا يصح أمره به، فبقى المودع فاعلا بغير أمر فيضمن، ولو أمره بالدفع إلى فلان، ففعل لم يضمن؛ لأنه كالأمر لفلان بالقبض، وهو إيداع وله ذلك، وكذا لو أمره أن يدفعه مضاربة إلى فلان، أو أن يعمل به مضاربة فلا ضمان؛ لأن الوصى يملك فعله بنفسه، فيملك أمره به.

٢٠٩٣٠- قال فى "الجامع": رجل مات وعليه ودائع لقوم شتى، وترك أموالا وعليه دين يحيط بماله، وترك ورثة وأوصى إلى رجلين فقبض أحد الوصيين المال والودائع بغير أمر من صاحبه فلا ضمان عليه. أما عند أبى يوسف رحمه الله فلأن عنده أحد الوصيين ينفرد بعامة التصرفات، وعندهما أحد الوصيين ينفرد بأشياء مخصوصة، منها رد الودائع والمغصوب الذى فى منزل الميت، ومنها قضاء الدين من المال الذى هو فى منزل الميت، وإذا كان رد المغصوب والوديعة وقضاء الدين من المال العين مما يتفرد به أحد الوصيين فإذا قبض أحد الوصيين ذلك من منزلة الميت ليقضى به الدين أو ليردها على أصحابها فقد قبض ماله حق القبض فلا يضمن كما لو كان الوصى واحداً. ولو لم يكن على الميت دين ففعل أحد الوصيين شيئًا مما وصفنا وهلك فلا ضمان عليه؛ لأن أحد الوصيين ينفرد بقبض تركة الميت من منزله حتى يوصلها إلى الورثة فقد قبض وله حق القبض فلا يكون مضمونا عليه.

ولو كان ما للميت وما عنده من الودائع والمغصوب كلها وديعة فى يدى رجل أو غصبا أودعها الميت حال حياته، أو غصبها رجل من الميت حال حياته، فقبض أحد الوصيين ذلك، وهلك فى يده، فالدافع ضامن، وكذلك الوصى عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله؛ لأن أحد الوصيين عندهما لا يتفرد بقبض مال محفوظ[1] لو كان الوصى واحداً فلا ضمان.

---

(١) وفى ف "ولو كان".

الفصل الثانى والثلاثون
فى الوصية بنصيب ابن لو كان أو بمثل نصيب ابن
فيجيز الورثة أولا يجيز أو يجيز بعضهم

٢٠٩٣١- ما يجب اعتباره فى هذا الفصل أن الموصى إذا قدر وصية الموصى له بنصيب وارث معدوم يصحح الفريضة أولا بين الموجودين، ثم يزاد عليها نصيب ذلك الوارث الذى سماه الموصى، ثم يحول نصيبه إلى الموصى له يجعل هكذا إلا إذا تعذر تصحيح الفريضة بين الموجودين أو لا على ما نبين بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وإنما فعلنا هكذا لأن الموصى أقام الموصى له مقام من سماه وحول نصيب المسمى إليه، فلا بد من معرفة نصيب المسمى ليحول ذلك إلى الموصى له، وطريق معرفته ما قلنا.

٢٠٩٣٢- قال محمد رحمه الله: رجل هلك، وترك أمّا وابنًا، وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت، فالوصية من سبعة عشر سهمًا للموصى له خمسة أسهم، وللأم سهمان وللابن عشرة أسهم. والوجه فى ذلك أن نبين الفريضة أولا لو لا الوصية، فنقول: لولا الوصية كانت الفريضة من ستة للأم السدس سهم والابقى للابن خمسة، فإذا أوصى بنصيب بنت لو كانت يزاد على الفريضة نصيب بنت ونصيب البنت نصف نصيب الابن، فيزاد على أصل الفريضة سهمان ونصف، فصار ثمانية ونصفًا، فوقع الكسر، فوجب التضعيف، فصار سبعة عشر، وصار كل حق ضعف ذلك يعطى الموصى له أولا خمسة؛ لأن وصيته حصلت بأقل من الثلث، فتكون مقدمة على الميراث يبقى ثمة اثنا عشر، يعطى الأم سدس ذلك سهما يبقى ثمة عشرة يعطى الابن، فظهر أنا أعطينا الموصى له نصيب بنت لو كانت نصف ما أعطينا الابن، فاستقام التخريج.

فإن قيل: قصد الموصى أن يكون للموصى له مثل نصيب البنت بالميراث، ولو كان ههنا بنت كان لها خمسة من ثمانية عشر بالميراث بأن يؤخذ أصل الفريضة وذلك ستة للأم سهم يبقى خمسة قسم بين الابن والبنت أثلاثًا الثلث وذلك خمسة للبنت، فعلم أنه لو كان ههنا بنت كان لها خمسة من ثمانية عشر على ما عرف، فينبغى أن يعطى

الموصى له كذلك، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله فى "الجامع".

قلنا: القسمة من ثمانية عشر مستقيمة فى فصل الميراث؛ لأن فى الميراث حق الكل يجب على سبيل المقارنة، فلو جعلنا القسمة من ثمانية عشر لا يؤدى إلى الإضرار ببعض الورثة ولا إلى إثبات زيادة فى حق بعض الورثة، أما فى الوصية فحق الموصى له مقدم على حق الورثة، فإذا جعلنا القسمة من ثمانية عشر، وأعطينا الموصى له أولا خمسة يبقى هناك ثلاثة عشر، فإما أن يعطى الأم سدس من جملة المال وذلك ثلاثة، ولا وجه إليه؛ لأنه يتضرر به الابن ضررًا خاصًا؛ لأنه يصل إليهما ما يصل إليها لولا الوصية، ولا يصل إلى الابن مثل ما يصل إليه لولا الوصية. وأما أن يعطى الأم سدس الباقى، وذلك سهمان وسدس سهم، فيبقى للابن عشرة أسهم وخمسة أسداس سهم، ولا وجه إليه أيضًا؛ لأنه يصل إلى الابن أكثر من ضعف نصيب البنت، وإنه لا يجوز، فلهذه الضرورة جعلنا القسمة من سبعة عشر؛ لأنه لا يودى إلى الإضرار ببعض الورثة، ولا أن يصل إلى الابن أكثر من ضعف نصيب البنت، ولا حاجة فى هذه المسألة إلى إجازة الورثة؛ لأن وصية الموصى له حصلت بأقل من الثلث.

٢٠٩٣٣- قال: ولو ترك امرأة وابنًا، وأوصى بنصيب ابن آخر لو كان، وأجازت الورثة الوصية، فالفريضة من خمسة عشر للموصى له سبعة وللمرأة سهم، وللابن سبعة، الوجه ما ذكرنا أن يصحح الفريضة أولا لا الوصية، فنقول: لولا الوصية لكانت الفريضة من ثمانية للمرأة الثمن سهم وللابن ما بقى سبعة أسهم، فإذا أوصى بنصيب ابن آخر لو كان يزاد على الفريضة نصيب ابن آخر لو كان وذلك سبعة فيصير خمسة عشر.

قال محمد رحمه الله فى الكتاب عقيب هذه المسألة: وبعضهم، وقالوا: يعطى الموصى له سبعة من ستة عشر، ولم يبين القائل، وهو الإشكال الذى ذكرنا فى المسألة الأولى أن قصد الموصى أن يكون للموصى له مثل نصيب ابن لو كان بالميراث. ولو كان ههنا ابن آخر كانت الفريضة من ستة عشر، وكان له سبعة من ستة عشر، وإليه أشار فى "الجامع"، ووجه الجواب ما ذكرنا. وشرط إجازة الورثة الوصية ههنا؛ لأن الوصية حصلت بأكثر من الثلث، وفى مثل هذا يحتاج إلى إجازة الورثة. وكذلك إذا أوصى

بمثل نصيب ابنه كان الجواب كما قلنا؛ لأن مثل الشيء غيره، فهذا وما لو أوصى بنصيب ابن لو كان سواء.

ثم استشهد محمد رحمه الله في الكتاب بمسألة، فقال: ألا ترى لو هلك الرجل، وترك ابنين وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصيب ابن ثالث لو كان وأبى الورثة أن يجيزوا كان للابنين ثلثا المال، والثلث الباقي بين الموصى لهما نصفان.

وجه الاستشهاد: أن في المسألة الاستشهاد الموصى جعل الموصى له بالنصيب مثل نصيب أحد الابنين؛ لأنه أوصى له بنصيب ابن ثالث لو كان، ونصيب الابن الثالث لو كان مثل نصيب أحد الابنين، وإنما يكون نصيب الموصى له مثل نصيب أحد الابنين إذا صار موصى له بالثلث، وإذا صار موصى له بالثلث والآخر موصى له بالثلث أيضًا كان الثلث الباقي بين الموصى لهما نصفين، فكذا في مسألة الكتاب جعل نصيب الموصى له مثل نصيب الابن القائم، أما في الفصل الثاني فظاهر، وأما في الفصل الأول فلأنه أوصى له بنصيب ابن لو كان ونصيب ابن لو كان مثل نصيب الابن القائم، وإنما يكون نصيب الموصى له مثل نصيب الابن القائم إذا جعلنا أصل الفريضة من خمسة عشر، وأعطينا الموصى له سبعة حتى يبقى ثمانية يعطى المرأة ثمن ما بقي سهم والابن القائم سبعة، أما لو جعلنا أصل الفريضة من ستة عشر، وأعطينا الموصى له سبعة يبقى تسعة أسهم يكون للمرأة من ذلك ثمنها، وذلك سهم وثمن سهم، وثمن يبقى للابن سبعة أسهم وسبعة أثمان سهم، فلا يكون نصيب الموصى له مثل نصيب الابن القائم، فجعلنا أصل الفريضة خمسة عشر لهذا.

فرع مسألة الاستشهاد فقال: لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب ابن ثالث وباقي المسألة بحالها، فالثلث الباقي يقسم بين الموصى لهما على خمسة أسهم؛ لأنه جعل نصيب الموصى له بالنصيب مثل نصيب ابن ثالث، ولو كان البنون ثلاثة كان نصيب الابن الثالث سهمين من تسعة؛ لأن الموصى له بالثلث يأخذ الثلث أولا وذلك ثلاثة من تسعة يبقى ستة لكل ابن سهمان، فعرفت أن نصيب مثل الابن الثالث سهمان من تسعة، فعند عدم الإجازة يضرب هو بسهمين، والموصى له بالثلث يضرب بثلاثة؛ إذ حقه في الثلاثة من التسعة، فيقسم الثلث الباقي بينهما أخماسًا لهذا.

وروى عن محمد رحمه الله في "النوادر": أن الثلث الباقي يقسم بين الموصى لهما على سبعة أسهم وهو الصحيح، وجه ذلك اعتبار حالة الاجتماع بحالة الانفراد، ولو انفرد كل واحد من الموصى لهما كان للموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بمثل نصيب ابن ثالث الربع؛ لأن مثل الشيء غيره ولكن يساويه فقد أوصى له بشيء مقدر بنصيب ابن ثالث مع تقرر نصيبه، ونصيب الابن الثالث الثلث، فيضم إلى المال مثل ثلثه، والمال إذا ضم إليه مثل ثلثه كان المضموم ربع الجملة، فاحتجنا إلى حساب له ثلث وله ربع وأقل ذلك اثنا عشر، ثلثه للموصى له بالثلث وهو أربعة وربعه للموصى له بمثل النصيب وهو ثلاثة عند عدم الإجازة يضرب هذا بثلاثة وذلك بأربعة، فيقسم الثلث بينهما أسباعًا بخلاف ما إذا أوصى بنصيب ابن ثالث؛ لأن هناك الموصى جعل للموصى له مثل نصيب أحد الابنين؛ لأنه أوصى له بنصيب ابن ثالث لا بمثل نصيب ابن ثالث، ونصيب ابن ثالث مثل نصيب أحد الابنين، ونصيب أحد الابنين نصف المال، فيضم إلى المال مثل نصفه، والمال إذا ضم إليه مثل نصفه كان المضموم ثلث الجملة، فصار الموصى له بالنصيب موصى له بالثلث، والآخر موصى له بالثلث، فيقسم الثلث بينهما نصفان، أما ههنا فبخلافه على ما مر.

ثم أوضح الفرق بين الوصية بالنصيب وبين الوصية بمثل النصيب فقال: ألا ترى لو هلك الرجل، وترك ابنين، وأوصى لرجل بنصيب ابن ثالث، ولم يوص لأحد سواه بشيء، ولم يجز الابنان، كان للموصى له الثلث، ولو أوصى بمثل نصيب ابن ثالث، كان للموصى له الربع، ووقع الفرق بين الوصية بالنصيب وبين الوصية بمثل النصيب، فكذا فيما تقدم.

٢٠٩٣٤- قال: وإذا هلك رجل، وترك أخًا وبنتًا، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان، فأجازا وصيته، فللموصى له ثلثا المال والثلث بين الأخ والبنت نصفان؛ لأنه لو كان هنا ابن، كان المال بين الابن والبنت أثلاثًا، وكان الأخ محجوبًا بالابن، فعرف أن نصيب الابن ثلثا المال، فيعطى ذلك عند الإجازة، يبقى ثلث آخر يقسم بين البنت والأخ نصفين؛ لأنه لو لم يكن هنا وصية كان المال بين البنت والأخ نصفين، فكذا إذا وجدت الوصية، وأجازا الوصية؛ لأن الزيادة على الثلث عند الإجازة يستحق من نصيبهما، وإنما تكون الزيادة من نصيبهما إذا قسمنا الباقي بينهما بالسوية.

فرق بين هذه المسألة وبين المسألتين المتقدمتين ، فإن فى المسألتين المتقدمتين صحح الفريضة بين الوارثين القائمين ، ثم زاد على نصيبهما نصيب من سماه من غير أن قدر وجوده ، وههنا لم يصحح الفريضة بين الوارثين القائمين ولم يزد على نصيبهما نصيب الابن ، بل قدر الابن موجودًا من الابتداء وجعل الأخ محجوبًا . والفرق أن فى هذه المسألة لا يمكن تصحيح الفريضة بين الوارثين القائمين وجعل نصيب الابن زائدًا ؛ لأن الأخ لا يرث مع الابن ، والزيادة توجب تقرير الأصل المزيد عليه فقدرنا الابن موجودًا من الابتداء كما هو وجه الإشكال فى المسألتين المتقدمتين وهو المشار إليه فى الجامع . أما فى المسألتين المتقدمتين أمكن تصحيح الفريضة بين الوارثين القائمين ، وجعل نصيب من سماه زائدًا عليه ؛ لأن الذى سماه لا يحجب القائمين ، فجعلنا كذلك ، ولم تقدر المسمى موجودًا للدليل الذى ذكرنا ثمة ، فلهذا وقع الفرق . هذا إذا أجازا ، وإن لم يجيزا ، فللموصى له ثلث المال والثلثان بين الأخ والبنت نصفان .

ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان ، وباقى المسألة بحالها ، فللموصى له خُمسا المال إن أجاز ؛ لأنه لو كان ههنا ابن كان المال بين الابن وبين البنت أثلاثًا للابن سهمان ، فعرفت أن نصيب الابن سهمان ، فمثله يكون سهمين ، فيزاد سهمان على ثلاثة ، فيصير خمسة يعطى الموصى له خمسًا المال إن أجازا ، ويقسم الباقى بين البنت والأخ نصفين ، وإن لم يجيزا ، فله ثلث المال .

قال : وإذا هلك رجل ، وترك أخًا وأختًا ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وأجازا ، فللموصى له جميع المال ؛ لأنه لو كان ههنا ابن كان له جميع المال ، ولا شيء للأخ والأخت ، فتبين أن الوصية حصلت بجميع المال ، وقد أجاز الوارثان ذلك .

ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان كان للموصى له نصف المال أن أجازا ؛ لأن مثل الشيء غيره ، فيقدر ههنا ابن ، ويزاد عليه مثل نصيبه ، والشيء إذا زيد عليه مثله كان الزائد نصف الجملة ، فحصلت الوصية بنصف المال ، فيسلم للموصى له ذلك عند الإجازة ، والنصف الآخر يقسم بين الأخ والأخت أثلاثًا ، وإن لم يجيزا ، فللموصى له ثلث المال ، ويقسم الثلثان بين الأخ وبين الأخت أثلاثًا .

ولو ترك بنتًا وأختًا ، وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت ، فللموصى له ثلث

المال أجازتا أو تجيزا، والوجه في ذلك أنا نصحح الفريضة بين الوارثين القائمين أولا، فنقول: لولا الوصية لكان المال بين البنت والأخت على سهمين، فعرفت أن نصيب بنت أخرى سهم، فيزاد ذلك على أصل الفريضة، فيصير ثلاثًا، فصار الموصى له بسهم من ثلاثة وهو ثلث المال، ولو قدرنا بنتا آخر كما في المسألة التي سبقت هذه المسألة كان الجواب كذلك؛ لأنه لو كان ههنا بنت أخرى كان المال بين البنتين وبين الأخت أثلاثًا لكل واحدة الثلث سهم من ثلاثة، فحصلت الوصية بثلث المال، فيستوي فيها الإجازة وعدم الإجازة.

ولو أوصى بمثل نصيب بنت لو كانت كان للموصى له ربع المال أجازتا، أو لم تجيزا؛ لما قلنا: إن مثل الشيء غيره، فيزاد على نصيب البنت الأخرى وهو سهم من ثلاثة مثله فيصير أربعة، فكان موصى له بالربع، فيعطى له الربع، والباقي بين البنت والأخت نصفان.

٢٠٩٣٥- وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي: رجل هلك وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين، ولم تجز الورثة قال: الثلث بين الموصى لهما يضرب فيه صاحب النصف بنصف المال والآخر بتسعي المال، ووجه التخريج أن الوصية بالثلث للأجنبي مقدمة على الميراث مستغنية عن الإجازة، فيقسم الثلث بينهما أولا على قدر حقوقهما، وحق صاحب النصف كان في النصف والاستحقاق بالإرث عنده لا يمنع الضرب، فلا يبطل حقه في الضرب، وحق الآخر في مثل نصيب أحد الابنين، فنصيب الابنين الباقي بعد الوصية؛ إذ الميراث مؤخر عن الوصية بالثلث، فكان نصيب الابنين هو الثلثان، ونصيب الموصى له مثل نصيب أحدهما، فيصير الثلثان بين الابنين والموصى له بمثل نصيب أحدهما أثلاثًا، فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث، وأقل ذلك تسعة، الثلث للوصية وذلك ثلاثة والثلثان وذلك ستة بين الابنين وبين الموصى له بمثل نصيب أحدهما لكل واحد منهما سهمان من تسعة، فعند الضرب يضرب للموصى له بمثل نصيب أحدهما سهمين من تسعة وهو تسعا المال وصاحب النصف يضرب بالنصف وذلك أربعة ونصف فيقسم المال بينهما على قدر حقهما [الابنين فلا يستقيم، فضربنا اثنين في تسعة فصار ثمانية عشر الثلث منه للوصية لكل من الموصى بهما ثلثه والثلثان وذلك اثنا عشر بين الاثنين وهو الموصى له

بمثل نصيب أحدهما أثلاثًا لكل واحد منهم أربعة من ثمانية عشر، فعند الضرب يضرب الموصى له بمثب نصيب أحدهما أربعة أسهم من ثمانية عشر سهمًا وهو تسعا المال وصاحب النصف يضرب بالنصف، فيقسم النصف بينهما على قدر حقهما][1]، وإن أجاز الابنان وصيتهما تأخذ صاحب النصف تمام النصف تسعة وصاحب مثل النصيب يأخذ أربعة ويبقى للاثنين تسعان ونصف تسع خمسة من ثمانية عشر.

ولو كان أوصى لرجل بمثل نصيب أحد الابنين، وأوصى لآخر بمثل نصيب الآخر، وأجاز الابنان كان لهما نصف المال وللابنين النصف؛ لأن نصيب كل ابن قبل الوصية سهم، فإذا أوصى بمثله ومثل الشيء غيره صار كل نصيب سهمان، فصار المال أربعة لكل واحد ربعه، ولو لم يجيزا، فالثلث بينهما نصفان؛ لأن نفاذ الوصية فى الثلث لا يتوقف على الإجازة، وإنما أجازاهما دون الآخر فللذى أجاز الربع اعتباراً لوجود الإجازة، وللذى لم يجز الثلث اعتباراً لعدم الإجازة.

٢٠٩٣٦- قال: وإذا هلك الرجل، وترك أبًا وابنًا، وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه أو نصيب ابن لو كان وأجازا، فللموصى له خمسة من أحد عشر وللأب سهم وللابن خمسة؛ لأنا نصحح الفريضة بين الابن والأب لولا الوصية، فنقول: لولا الوصية كانت الفريضة من ستة لحاجتنا إلى السدس سهم للأب وخمسة أسهم للابن، فإذا أوصى بمثل نصيب الابن يزاد مثل نصيب الابن وذلك خمسة على أصل الفريضة، فيصير أحد عشر، وكان ينبغى أن يكون للموصى له خمسة من اثنى عشر، ويجعل الابن الآخر موجودًا، فتصير الفريضة من اثنى عشر بأن يجعل أصل الفريضة ستة للأب سهم، وللابنين بخمسه، والخمسة تنكسر على ابنين بالنصف، فيضعف إزالة للكسر، فيصير اثنى عشر والجواب ما مر قبل هذا.

وإن لم يجيزا فللموصى له الثلث أولا والباقى بين الابن والأب أسداسًا، فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه سدس، وأقل ذلك تسعة للموصى له الثلث ثلاثة والباقى وذلك ستة بين الأب والابن أسداسًا. وإن أجاز أحدهما دون الآخر، ذكر فى الكتاب: أنه ينظر فى حال الإجازة وحال عدم الإجازة، والفريضة عند الإجازة من أحد عشر

---

(١) العبارة الموجودة ما بين القوسين موجودة فى ظ فقط.

للموصى له خمسة وعند عدم الإجازة الفريضة من تسعة للموصى له ثلاثة، فنضرب إحدى الفريضتين فى الأخرى، فيصير تسعة وتسعين، فعند عدم الإجازة للموصى له الثلث ثلاثة وثلاثون، وللأب سدس ما بقى أحد عشر، وللابن خمسة أسداس ما بقى خمسة وخمسون، وعند الإجازة للموصى له خمسة من أحد عشر مضروبًا فى تسعة، فيكون خمسة وأربعون، وللأب سهم مضروبًا فى تسعة، فيكون تسعة، وللابن أيضًا خمسة مضروبًا فى تسعة، فيكون خمسة وأربعون، فتفاوت بين الحالتين فى حق الموصى له اثنا عشر، سهمان من ذلك نصيب الابن، وذلك من تسعة إلى أحد عشر وعشرة من نصيب الابن، وذلك من خمسة وأربعين إلى خمسة وخمسين، فإذا أجاز أحدهما، تعمل إجازته فى حقه لا فى حق صاحبه، فإن كان المجيز هو الأب حول من نصيبه سهمان إلى الموصى له فيصير للموصى له خمسة وثلاثون، وإن كان المجيز هو الابن حول من نصيب الابن عشرة إلى نصيب الموصى له، فيصير للموصى له ثلاثة وأربعون.

سأل فى الكتاب على نفسه سؤالا، فقال: إذا أجاز الابن الوصية ينبغى أن يضم نصيب الموصى له، وذلك ثلث المال ثلاثة وثلاثون إلى نصيب الابن، وإنه خمسة وخمسون، فيقسم بينهما نصفين؛ لأن الميت أوصى له بمثل نصيب الابن، وقد أجاز الابن، ثم أجاب، فقال: الوصية وقعت فى جميع المال، فلا يجوز أن يجعل من نصيب الابن خاصة فيما زاد على الثلث كما لا يجوز أن يجعل من نصيبه خاصة فى الثلث، ولو قسمنا على الوجه الذى قلتم حصل تنفيذ الوصية فيما زاد على الثلث من نصيب الابن خاصة.

ثم استشهد فى الكتاب، فقال: ألا ترى لو أن رجلا هلك، وترك ابنين، وأوصى لرجل بمثل نصيبهما، فإن أجاز الابنان، فللموصى له نصف المال؛ لأنا نأخذ حق الابنين، وذلك سهمان، ثم نزيد عليه مثل ذلك لأجل الموصى له، والشىء إذا ضم إليه مثله كان المضموم نصف الجملة، فكانت الوصية بنصف المال، فيعطى الموصى له جميع النصف عند الإجازة، وإن لم يجيزا، فللموصى له ثلث المال، والباقى بين الابنين، وإن أجاز أحدهما دون الآخر ينظر إلى حال الإجازة وحال عدم الإجازة، فللموصى له عند الإجازة النصف وعند عدم الإجازة الثلث، فاحتجنا إلى حساب له الثلث والنصف، وأقل ذلك ستة فللموصى له ثلاثة فى حال وسهمان فى حال، فتفاوت ما بينهما سهم

واحد، وذلك من نصيب الابنين من نصيب كل واحد منهما نصف سهم، فانكسر بالأنصاف، فيضعف حتى يزول الكسر، فيصير اثنى عشر للموصى له ستة فى حال وأربعة فى حال، فتفاوت ما بينهما سهمان، وذلك من نصيب الابنين من نصيب كل واحد منهما سهم، فإذا أجازه أحدهما عملت الإجازة فى حقه، وسلم للموصى له نصيبه، وذلك سهم، فيصير للموصى له خمسة من اثنى عشر وللمجيز ثلاثة ولغير المجيز أربعة، أفلا ترى أنه لم يضم الثلث الذى صار للموصى له إلى نصيب المجيز حتى يقسم بينهما على قدر حقهما لهذا أن الموصى جعل نصيب الموصى له من جميع المال، كذا هذا.

٢٠٩٣٧- قال: ومن هلك وترك ابنين وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب أحدهما أو بنصيب ابن ثالث لو كان، فأجازا الوصيتين، فلصاحب الثلث ثلث المال، والباقى بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثًا، والحساب من تسعة على ما مر، فللموصى له بالثلث ثلاثة يبقى ستة، فتقسم بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثًا لكل ابن سهمان، وللموصى له أيضًا سهمان مثل نصيب أحدهما، وإن لم يجيزا يقسم الثلث بين الموصى لهما نصفان وهى المسألة التى ذكرنا فى صدر الكتاب على سبيل الاستشهاد.

ولو أجاز الابنان الوصية لصاحب المثل دون صاحب الثلث كان لصاحب الثلث نصف الثلث، وهو السدس كما لو لم توجد الإجازة وللموصى له بالنصيب ثلث ما بقى لصحة الإجازة فى حقه، فاحتجنا إلى حساب إذا رفعنا منه السدس ينقسم الباقى أثلاثًا، وأقل ذلك ثمانية عشر يعطى للموصى له بالثلث السدس ثلاثة يبقى خمسة عشر تقسم بين الابنين وبين الموصى له بالنصيب أثلاثًا لكل واحد خمسة، وإن أجاز أحد الابنين الوصية لصاحب المثل دون صاحب الثلث، ولم يجز الابن الآخر الوصيتين أصلا، فنقول: لو لم يجيزا كان لصاحب المثل نصف الثلث ثلاثة من ثمانية عشر، ولو أجاز كان لصاحب المثل خمسة من ثمانية عشر، فتفاوت ما بينهما سهمان من نصيب كل واحد من الابنين سهم، فإذا أجاز أحدهما، صحت الإجازة فى نصيبه خاصة، فيصير لصاحب المثل أربعة، ولصاحب الثلث ثلاثة، وللمجيز خمسة، وللذى لم يجز ستة.

الفصل الثالث والثلاثون
فى الوصايا التى تجب فيها قيمة العبد للموصى له والتى لا تجب

٢٠٩٣٨- ما يجب اعتباره فى هذا الفصل: أنه متى تخلل بين السراية والجناية اختلاف الملك، يمنع ذلك إضافة السراية إلى الجناية حتى إن من قطع يد عبد إنسان، ثم باعه المولى، ثم سرى إلى النفس، ومات فى يد المشترى، فالقاطع يضمن أرش اليد لا غير، وهذا لفقه وهو أنه تعذر إيجاب ضمان السراية على الجانى؛ لأنه لو وجب إنما يجب للمالك القديم أو للمالك الجديد لا وجه إلى الأول؛ لأن السراية لم تكن فى ملكه، ولا وجه إلى الثانى؛ لأن ابتداء الجناية لم تكن فى ملكه، ومتى لم يتخلل بين السراية والجناية اختلاف الملك لا يمنع إضافة السراية إلى البداية؛ لأن الجناية ابتداءها وانتهاءها كان على ملك واحد، فأمكن إيجاب ضمان السراية على الجانى.

٢٠٩٣٩- إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل أوصى بعبده لإنسان والعبد يخرج من الثلث، فمات الموصى، فقطع رجل يد الغلام خطأ قبل أن يقبل الموصى له الوصية، ثم قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصى وموت الغلام من قطع اليد أو قتله، فهو سواء، وللموصى له على عاقلة القاتل قيمة العبد فى ثلاث سنين، ولا شىء للورثة من ذلك، وإن لم يقبل الموصى له الوصية كان قيمة العبد لورثة الموصى؛ لأنه لم يتخلل بين السراية والجناية اختلاف الملك؛ لأنه إذا قبل الوصية ظهر أن العبد كان ملكًا للموصى له من حين مات الموصى، وهذا لفقه وهو أن الميت بالإيصاء ملك المال من الموصى له، وأوان عمل الوصية عند الموت، فقضية هذا أن لا يتوقف ثبوت الملك بالوصية على ما وراء الموت إلا أنه لم يثبت الملك له ملكًا باتًا باعتبار أن الموصى لا يقدر على إثبات الملك البات لغيره من غير رضاه، فيثبت على وجه التوقف، فإذا قبل ظهر أن الموصى له ملكه ملكًا باتًا من حين موت الموصى لا من حين قبوله، ولهذا قالوا: إن ما حدث من الزوائد بعد الموت قبل القبول إذا كان يخرج من ثلث المال يكون للموصى له إذا قبل، وإن لم يقبلها بطل من الأصل، فظهر أن السراية والجناية كان على حكم ملك

الميت إن مات العبد قبل قسمة التركة ؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت ، وإن مات العبد بعد قسمة التركة فكذلك ؛ لأن الوارث لا يملك التركة ملكًا مبتداء ، بل يقوم فى أملاك الميت كأنه هو ، فلم يتخلل بين الجناية والسراية ملك مبتدأ لغير من كانت الجناية على ملكه ، فلا يهدر السراية ، وإذا لم تهدر السراية وجب جميع القيمة على عاقلة القاتل ؛ لأن القيمة بدل النفس ، وبدل النفس فى الخطأ تتحمله العاقلة سواء كان المقتول عبدًا أو حرًا .

هذا الذى ذكرنا إذا كان العبد يخرج من الثلث ، فإن كان لا يخرج فإن أجازت الورثة الوصية كان هذا والأول سواء ؛ لأن إجازة الوارث ليس بتملك مبتدأ إنما هو إبطال حق الوارث ، وتنفيذ إيجاب الموصى ، فيملك الموصى له الموصى به من وقت موت الموصى ، وكان الجناية والسراية واردتين على ملك الموصى له ، فكانت معتبرتين ، وإن لم يجيزوا كان ثلث القيمة للموصى له على العاقلة وثلثاها للوارث إن قبل الموصى له الوصية ؛ لأنه إذا قبل ظهر أن الجناية والسراية على ثلث العبد كانتا على ملك الموصى له ، وفى ثلثى العبد على حكم ملك الميت مات العبد قبل قسمة التركة أو بعدها ، فحصلت الجناية والسراية ، والملك لواحد فى حق الثلث للموصى له وفى حق الثلثين للورثة ، وإن لم يقبل الموصى له الوصية كان كل القيمة للورثة ؛ لما قلنا .

٢٠٩٤٠- هذا الذى ذكرنا إذا كان قطع اليد بعد موت الموصى ، فأما إذا قطع قبل موته ، ثم مات والغلام يخرج من ثلث ماله ، ثم مات الغلام من قطع يده قبل أن يقبل الموصى له الوصية ، ثم قبل الموصى له الوصية بعد موت العبد أو لم يقبل ، فالسراية لا تهدر فى الحالتين ؛ لأن الجناية والسراية كانت على ملك الميت لبقاء التركة على حكم ملكه ما لم تقسم ، ولهذا قلنا : بأن ما يحدث من الزيادة فى التركة بعد موت المورث ، يحدث على حكم ملكه حتى يقضى منها ديونه ، وينفذ وصاياه . وإذا قبل الموصى له بعد موت العبد يملك القيمة للعبد ؛ لأنه هالك حالة القبول ، ولما كان هكذا لم يتخلل بين الجناية والسراية ملك بات مبتدأ لغير من كانت الجناية على ملكه ، فلم تهدر السراية ، لكن إذا قبل الموصى له الوصية كان أرش اليد للوارث ، وقيمة النفس مقطوعة اليد للموصى له ، أما إن أرش اليد للوارث ؛ لأن يد الغلام إنما قطع قبل ثبوت حق الموصى له فى الغلام ، فإن حق الموصى له إنما يثبت بعد الموت لا قبله ، فإذا لم يثبت حقه فى اليد

كيف يتحول إلى البدل، وأما قيمة النفس مقطوعة اليد للموصى له؛ لأن العبد مقطوعة اليد، إنما تلف بعد ثبوت حق الموصى له فى الغلام وهو الملك الموقوف، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول كان الغلام ميراثًا لورثة الموصى له، وإذا تعلق حقه بعين الغلام وهو مقطوعة اليد سرى ذلك إلى بدله وهو القيمة، وجعل وجوب القيمة كقيام نفس العبد، فيتعلق بالقيمة حق الموصى له، ويتملكها عند القبول كما لو كان عين العبد قائمًا.

وإن لم يقبل الموصى له الوصية، فالقيمة كلها للورثة، مات العبد قبل القسمة أو بعدها؛ لأنها استقرت على حكم ملك الميت، ثم الأرش مع قيمة العبد كان على العاقلة فى الوجهين جميعًا؛ لأن أرش أطراف المماليك إنما لا يجب على العاقلة على الانفراد أما مع ضمان النفس، فيجب على العاقلة عرف هذا فى "المبسوط"، وإن كان العبد لا يخرج من الثلث فإن أجاز الورثة فكذلك الجواب؛ لما قلنا فى المسألة الأولى، وإن لم يجز الورثة، فأرش اليد لهم على ما مر، وثلث قيمة العبد مقطوعة اليد للموصى له؛ لأن ثلثى قيمة العبد مقطوعة اليد ثلث مال الميت؛ لأنه حصل للورثة أرش اليد، وذلك نصف القيمة، فمتى أعطينا له ثلثى النصف الباقى يحصل للورثة ثلثا قيمة العبد، وللموصى له ثلث قيمة العبد فاستقام الثلث والثلثان.

٢٠٩٤١- هذا الذى ذكرنا إذا قبل الموصى له الوصية بعد موت العبد فإن قبل قبل موته وهو يخرج من ثلث ماله، فأرش اليد للورثة، وبطل ضمان النفس عن القاتل، أما أرش اليد للورثة فلما مر أن يد الغلام قطع قبل ثبوت حق الموصى له فى الغلام، وأما بطلان ضمان النفس فلأن السراية قد هدرت؛ لأنه تخلل بين الجناية والسراية ملك باتّ مبتدأ لغير من توقفت الجناية على ملكه؛ لأن ابتداء الجناية كان على ملك الموصى وانتهاءها، كان فى ملك الموصى له؛ لأن الموصى له لما قبل الوصية والعبد حى قابل للتملك ملكه ملكًا باتًا من وقت موت الموصى وهو ملك حادث ينافى بقاء الأول، ألا ترى أن الموصى له لا يرد بالعيب، ولا يرد عليه به، فتهدر السراية بخلاف مسألة أول هذا الفصل، والمسألة الثابتة من هذا الفصل؛ لأنه هناك لم يتخلل بين الجناية والسراية ملك بات مبتدأ لغير من توقفت الجناية على ملكه على ما مر، أما ههنا فبخلافه، ويكون أرش اليد فى هذه المسألة فى مال القاتل؛ لأن العاقلة لا يعقلن ما دون نفس

العبيد حالة الانفراد.

٢٠٩٤٢- هذا إذا قبل الموصى له الوصية، فإن لم يقبلها، كان على عاقلة القاتل قيمة العبد صحيحًا لورثة الموصى، مات العبد بعد القسمة أو قبلها؛ لأن السراية لم تهدر، أما إذا مات العبد بعد قسمة التركة فلأن ابتداء الجناية وانتهاءها كان ملك الموصى؛ لما مر أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، وأما إذا مات العبد بعد قسمة التركة فلأن ملك الوارث لا يقطع السراية على ما بينا، فلهذا لم تهدر السراية فى الحالين.

٢٠٩٤٣- هذا الذى ذكرنا إذا كان العبد يخرج من ثلث ماله، فأما إذا كان لا يخرج، فإن أجازته الورثة، فكذلك الجواب؛ لما قلنا، وإن لم يجيزوا، ورد الموصى له الوصية، فجميع قيمة العبد صحيحًا يكون لورثة الموصى على عاقلة القاتل؛ لما مر، وإن قبل الوصية، فللورثة ثلث أرش العبد وثلث قيمة النفس، يجب ذلك كله على عاقلة القاتل وثلثا أرش اليد فى مال القاتل، ولا شىء للموصى له، ويبطل ثلثا قيمة العبد، أما يبطل ثلثا قيمة العبد؛ لأنه تخلل الجناية والسراية بقدر ثلثى العبد ملك باتّ مبتدأ لغير من وردت الجناية على ملكه؛ لأنه متى قبل الوصية والعبد حى ملك ثلثى العبد مقطوعة اليد؛ لأن ثلثى العبد مقطوع اليد ثلث مال الميت، فهدرت السراية بقدر الثلثين، وأما وجوب أرش اليد لأنه لم يتخلل بين الجناية والسراية فى قدر الثلث إلا ملك الوارث، وهذا لا يهدر السراية؛ لأنه ما وجب من الأرش فثلثه مع ثلث قيمة النفس عاقلة القاتل، وثلث الأرش فى مال القاتل؛ لأن العاقلة لا تعقل ما دون نفس العبد على الانفراد وتعقل أنفسهم، وما يتصل بالنفس من الأطراف، وقد اتصل ثلث اليد بالنفس؛ لأن السراية لم تهدر فى ثلث النفس، فصار ذلك ملحقًا بضمان النفس، وثلثا اليد لم يتصل بالنفس؛ لأن السراية قد هدرت فى ثلثى النفس، فبقى أرش ثلثى اليد منقطعا عن النفس، فلم يدخل تحت العقد.

٢٠٩٤٤- وهذا كله إذا كان القطع خطأ، فأما إذا كان عمدًا لم يعقل العاقلة شيئًا من أرش اليد ولا من ضمان النفس؛ لأن ما يجب بالعمد لا تعقله العاقلة على ما قال عليه الصلاة والسلام: «لا تعقل العاقلة عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا».

الفصل الرابع والثلاثون
فى الوصية بما بقى من الثلث أو بالثلث وقد سبقها وصية أخرى

٢٠٩٤٥- رجل قال: أوصيت لفلان بمالى عليه من الدين، وأوصيت لفلان يعنى رجل آخر بما بقى من ثلثى، ثم مات، وترك ألفى درهم عين، فقالت الورثة: كان الدين على الغريم ألفًا، وهو كمال الثلث، ولا شيء للموصى له بما بقى من الثلث، وصدقهم الغريم فى ذلك، وقال الموصى له بما بقى من الثلث: كان للغريم خمسمائة، وجميع مال الميت ألفان وخمسمائة والثلث ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث، فالخمسمائة التى على الغريم والباقى من الثلث وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث لى فالقول قول الورثة مع أيمانهم على علمهم، وهذا لأن الاختلاف بينهم فى ثبوت حق الموصى له فى المال، وحقه إنما يثبت فيما بقى من الثلث بعد الدين، ولم يعرف ما بقى من الثلث بعد الدين هنا، فلم يعرف ثبوت حق الموصى له فهو يدعى الاستحقاق والورثة ينكرون، والقول قول المنكر مع يمينه إلا أنهم يحلفون على العلم؛ لأنهم يحلفون على دين واجب على الغير، وفى مثله يكون التحليف على العلم.

وكذلك لو صدق الغريم الموصى له أن الدين خمسمائة فالقول قول الورثة أيضًا، ولا شيء للموصى له بما بقى من الثلث؛ لما ذكرنا أن الورثة ينكرون وجوب حق الموصى له بما بقى، وتصديق الغريم الموصى الموصى له لم يصح فى حق الورثة؛ لأنه إقرار على الغير، أكثر ما فى الباب أن هذا غريم أخبر عن مقدار الدين إلا أن قول الغريم فى مقدار الدين إنما يقبل فى حق رفع الاستحقاق عن نفسه لا فى حق إثبات الاستحقاق على الغير، وههنا الحاجة إلى إثبات الاستحقاق على الورثة من المال العين الذى فى أيديهم.

قال فى الكتاب: ألا ترى أن الموصى له بما بقى من الثلث لو كان هو الغريم بأن قال لغريمه: أوصيت لك بمالى عليك من الدين، وأوصيت لك بما بقى من الثلث، ثم مات، وترك ألفى درهم عين، فقالت الورثة: الدين عليك ألفا درهم، فنحن نرجع عليك بالزيادة، وقال الغريم: لا، بل الدين خمسمائة، فأنا آخذ منكم ما بقى من الثلث كان

القول قول الورثة إلى مقدار الألف حتى يرجع الغريم عليهم بشيء من المال العين، والقول قول الغريم فى الزيادة على الألف حتى لا يرجع الوارث عليه بشيء؛ لأن فى الزيادة على الألف الغريم بإنكاره يدفع الاستحقاق عن نفسه، وإلى الألف بإنكاره يدعى استحقاق شيء من المال العين على الورثة، فقبل قوله فى حق دفع الاستحقاق عن نفسه لا فى حق إثبات الاستحقاق لنفسه، كذا هذا.

٢٠٩٤٦- هذا إذا أوصى للغريم بما عليه من الدين، وأوصى لرجل آخر بما بقى من ثلثه، فأما إذا أوصى للغريم بما عليه من الدين وهو معدم مفلس، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، ثم وقع الاختلاف بين الورثة وبين الموصى له بالثلث فى مقدار الدين، فقال الورثة: الدين ألف درهم، وقال الموصى له بالثلث: الدين خمسمائة، وقد ترك الميت مع ذلك ألفى درهم عين، ذكر صاحب الكتاب يعنى الزعفرانى رحمه الله: أن القول قول الورثة، وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى بعض روايات هذا الكتاب؛ لأن الوصية بالدين إذا كانت مستغرقة للثلث، لايستحق الموصى له بالثلث شيئًا؛ لأن محل الوصية الثلث، وإنه مستغرق بحق الأول، فلم يعرف ثبوت وصية الموصى له بالثلث، إذا لم يعرف ظهور الفصل عن حق الأول، فبقى الموصى له بالثلث مدعيًّا الاستحقاق لنفسه والورثة ينكرون، والقول قول المنكر.

وذكر محمد رحمه الله فى عامة روايات هذا الكتاب: أن القول قول الموصى له بالثلث، وإنه أصح، ووجه ذلك: أن الوصية بالثلث ظاهرة معروفة، فإن الثلث مقدر معلوم، وليست هى بمرتبة على وصية الغريم، وفى الألفين العين شيء من ثلث ماله فوجب الوصية غير أنهم اختلفوا فى مقدار السقوط، فالورثة يدعون على الموصى له زيادة فى السقوط وهو ينكر فيكون القول قوله. بيانه: وهو أن الموصى له بالثلث زعم أن الدين خمسمائة، وأن جميع مال الميت ألفان وخمسمائة، وثلث ماله وثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويقسم الثلث بيننا يضرب كل واحد منا بحقه، وحق الغريم فى خمسمائة وحقى فى ثمانمائة وثلاث وثلاثين وثلاث، فيجعل كل مائة وستة وستين وثلثان بينهما، فيكون حقى فى خمسة أسهم، وحق الغريم فى ثلاث وثلاث، فجملته ثمانية يقسم الثلث بيننا على ثمانية فلى خمسة أثمان الثلث، وللغريم ثلاثة أثمان الثلث، وإذا صار الثلث ثمانية صار الثلثان ستة عشر، والكل أربعة وعشرين، فيجب له من

الدين مقدار ثلاثة أثمان الثلث حصته، ويؤدى الباقى إلا أنه مفلس معدم، فتوى ما عليه، فيكون المتوى على الورثة وعلى فتقسم العين بيننا على قدر حقوقنا وحقى خمسة وحقكم أيها الورثة فى ثلثى المال ستة عشر، فجملته أحد وعشرون، فلى خمسة من أحد عشرين من المال العين، هذا هو زعم الموصى له بالثلث، وزعم الورثة أن الدين ألف درهم، وجميع مال الميت ثلاثة آلاف درهم، فوصية الغريم بألف درهم ووصية الموصى له بالثلث أيضًا بألف درهم، فيقسم الثلث بينهما نصفان، وإذا صار الثلث على سهمين صار الثلثان على أربعة، والكل على ستة، حقنا فى أربعة وحق الغريم فى سهم، وحق الموصى له فى سهم، فإذا توى على الغريم من الوجه الذى بينا، يقسم المال العين بيننا على قدر حقوقنا، وحقنا فى أربعة وحقك فى سهم، فجملته خمسة يقسم المال العين بيننا خمسة للموصى له سهم من خمسة، وذلك أقل ما ادعاه الموصى له لنفسه؛ لأنه يدعى لنفسه خمسة من أحد وعشرين، وسهم من خمسة أقل من خمسة من أحد وعشرين؛ لأن سهمًا من خمسةخمسها، وخمسة من أحد وعشرين أكثر من خمسها؛ لأن خمسها أربعة وخمس فالخمسة تكون أكثر من الخمس، فهو معنى قولنا الورثة يدعون على الموصى له زيادة فى السقوط وهو ينكر، والقول قول المنكر، فلهذا قال: القول قول الموصى له، فيستوفى الموصى له تمام حقه من المال العين، فإذا خرج على الغريم يومًا من الدهر يريد به أيسر الغريم، وكان ذلك قبل قسمة الألفين العين بين الورثة والموصى له معامل فى حق الورثة كأن الدين ألف إذا كان الغريم صدقهم فى ذلك؛ لأن تصادقهم حجة فى حقهم، ولو كان الدين ألف درهم باتفاقهم كان للورثة ألفا درهم تامة، وتعامل فى حق الموصى له بالثلث كأن الدين خمسمائة، ولو كان الدين خمسمائة باتفاقهم لكان الموصى له بالثلث خمسة أثمان الثلث، فيأخذ الموصى له بالثلث هذا القدر من المال العين؛ لأن الغريم أيسر وحقه مقدم على حق الورثة، ويرجع الورثة على الغريم بتمام حقهم بزعمهم وزعمه، وذلك تمام الألفين يأخذون منه مثل ما أخذه الموصى له بالثلث من الألفين العين حتى لا ينقض حقهم عن مقدار الألفين.

٢٠٩٤٧- هذا إذا أوصى للغريم بما عليه ولآخر بثلث ماله، فأما إذا أوصى للغريم بما عليه وهو معدم مفلس، وأوصى لآخر بألف درهم، ثم وقع الاختلاف بين الورثة وبين الموصى له بالألف فى مقدار الدين، فقالت الورثة: الدين ألف درهم، وقال

الموصى له بالألف: الدين خمسمائة، وقد ترك الميت مع ذلك ألفى درهم عين، فالقول قول الموصى له بالألف؛ لأن حقه ثابت فى التركة؛ لأن الموصى أوجب الحق له فى الألف من ماله وماله درهم وزيادة، والورثة بدعواهم أن الدين ألف درهم يدعون بطلان شىء من حقه، فلا يصدقون إلا بحجة.

بيانه: وهو أن الموصى له بالألف يقول: الدين خمسمائة والغريم موصى له بخمسمائة وأنا بالألف، فيقسم الثلث، وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث بيننا أثلاثًا له سهم ولى سهمان، وإذا صار الثلث على ثلاثة صار الثلثان ستة والكل تسعة، فيحسب له من الدين مقدار ثلث الثلث حصته، ويؤدى الباقى إلا أنه مفلس معدم، فتوى ما عليه، فيكون التوى علىّ، وعلى الورثة، فيقسم الألفين العين بيننا على قدر حقوقنا وحقى فى ثلثى الثلث، وذلك سهمان وحق الورثة فى ثلثى المال، وذلك ستة، فجملته ثمانية، فيقسم الألفين العين بيننا على ثمانية: سهمان لى، وذلك خمسمائة وستة أسهم للورثة، وذلك ألف وخمسمائة، هذا هو زعم الموصى له بالألف، وزعم الورثة أن الدين ألف درهم، وأن كل واحد من الموصى لهما موصى له بألف، فيقسم الثلث بينهما نصفين، وإذا صار الثلث على سهمين، صار الكل على ستة، فيحسب[1] للغريم من الدين بمقدار نصف الثلث حصته، ويؤدى الباقى، وقد توى الباقى عليه من الوجه الذى بينا، فيقسم الألفان العين بيننا على قدر حقوقنا، وحقنا فى ثلثى المال ألفى درهم، وحق الموصى له بالألف فى نصف الألف ثلث خمسمائة، فيجعل كل خمسمائة سهمًا، فحق الموصى له سهم، وحقنا أربعة أسهم، فيقسم الألفين العين بيننا أخماسًا: خمسها للموصى له بالألف، وذلك أربع مائة وأربعة أخماسها لنا، وذلك ألف وستمائة، فالورثة يزعمون أن للموصى له أربعمائة، والموصى له بالألف يدعى لنفسه خمسمائة، فتفاوت ما بينهما مائة، فهو معنى قولنا: الورثة يدعون بطلان شىء من حق الموصى له بالألف، فلا يصدقون إلا بحجة، فإذا خرج ما على الغريم يومًا من الدهر على التفسير الذى قلنا، يعامل فى حق الورثة كان الدين ألف درهم إذا كان الغريم صدقهم فى ذلك؛ لأن تصادقهم فى حقهم، ولو كان الدين ألف درهم باتفاقهم، كان للورثة ألفا درهم، ويعامل فى حق الموصى له بالألف كان الدين خمسمائة وثلاثة

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "فيجب".

وثلاثون وثلث، فيأخذ الموصى له بالألف هذا القدر من المال العين؛ لما ذكرنا، ويرجع الورثة على الغريم بتمام حقهم بزعمهم وزعمه، وذلك تمام الألفين، ويأخذون منه خمسمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا مثل ما أخذ الموصى له بالألف من المال العين.

فإن قيل: ينبغى أن يرجع الورثة على الغريم بخمسمائة لا غير؛ لأن فى زعم الورثة أن الدين ألف درهم، وأن الثلث بين الغريم وبين الموصى لها بالألف نصفان، وأن وصية الغريم بمقدار خمسمائة ووصية الموصى له وبالألف فكذلك، وأن الموصى له بالألف أخذ الزيادة على الخمسمائة بطريق الظلم، ومن ظلم يظلم غيره، قلنا: نعم الورثة أقروا أن وصية الغريم بمقدار الخمسمائة إلا أن الموصى له بالألف أخذ الزيادة على الخمسمائة بطريق الوصية، ومحل الوصية الثلث فقد استحق بعض محل وصية الغريم، فيكون الاستحقاق واردًا على الغريم خاصة، وإنما يكون الاستحقاق واردًا على الغريم خاصة أن لو كان للورثة حق الرجوع على الغريم لجميع ما أخذ الموصى له بالألف من المال العين.

رجل أعتق عبدًا له فى مرض موته، وأوصى لآخر بما يبقى من الثلث، ثم مات، وترك ألفى درهم عين، ثم مات العبد قبل أن يعلم قيمته، فقال الموصى له: كان قيمته خمسمائة ولى ما فضل من حقه إلى تمام الثلث، وذلك ثلاثمائة[1] وثلاثون وثلث، وقالت الورثة: كانت قيمته ألف درهم، وجميع الثلث مستغرق بحقه، ولا شىء لك، فالقول قول الورثة؛ لأن الاختلاف فيما بينهم فى ثبوت حق الموصى له؛ لأن حقه إنما يثبت فيما بقى من الثلث، ولم يعرف الباقى من الثلث ههنا، بقى الموصى له مدعيّا ثبوت حقه لظهور محل حقه، وبقى الوارث منكرًا، والقول قول المنكر، فإن أقام الموصى له بينة على أن قيمة العبد كانت خمسمائة، قبلت بينته، وقضى له بما ادعاه؛ لأنه ادعى لنفسه حقّا، وأثبته بالبينة، فإن أقام الورثة بعد ذلك بينة أن القيمة كانت ألفًا كان بينة الورثة أولى؛ لأنها أكثر إثباتًا.

بيانه: وهو أن بينة الورثة تثبت زيادة استحقاق شىء من المال العين لأنفسهم، وإثبات زيادة فى قيمة العبد، وبينة الموصى له أيضًا تثبت زيادة استحقاق شىء من مال

(١) وفى م "ثمان مائة".

العين لنفسه، وينفى زيادة فى قيمة العبد، فهو معنى قولنا: بينة الورثة أكثر إثباتًا، وكانت أولى بالقبول.

ولو كان أوصى لآخر بثلث ماله، وباقى المسألة بحاله، ووقع الاختلاف فى قيمة المعتق، فالقول قول الموصى له؛ لأن وصيته ظهر ثبوتها لوجود محلها وهو الثلث إلا أن الورثة يدعون بطلانها، فلا يصدقون إلا بحجة.

فإن قيل: أليس أن الإعتاق مقدم، والوصية بمال مرتبة عليه فكانت بمنزلة الوصية بما بقى.

قلنا: تلك مرتبة فى إيجاب الموصى، فإنما يجب على ترتيبه، فأما هذه الوصية فقائمة فى نفسها لوجود محلها، وإنما تؤخر حكمًا، ولكن بأن يؤخر حكمًا لا تبين أنها لم تكن ظاهرة لا يتبين أنها لم تكن ظاهرة؛ لأنه لا تبين أن محلها لم يكن موجودًا، فالورثة يدعون بطلانها، والموصى له ينكر، فيكون القول قوله.

وكذلك لو أن الميت لم يوص إلى أحد، ولكن كان مكان أحد الألفين العين عبد قيمته ألف درهم أعتقه المريض فى مرض موته، ووقع الاختلاف بين الورثة وبين العبد الحى فى قيمة العبد الميت، فقال الورثة: قيمة العبد الميت كانت ألف درهم وهو الثلث، وذلك ألف بينكما نصفان، فحقكما فى سهمين، وحقنا فى أربعة، وقد توى على الميت خمسمائة، فيكون التوى علينا، فتقسم العين بيننا وأنت تضرب بسهم، ونحن نضرب بأربعة، فيكون لك خمس الألفين، وذلك أربعمائة، ولنا أربعة الأخماس الألف وستمائة، فعليك أن تسعى فى تسع مائة، وقال العبد الحى: كانت قيمة العبد خمسمائة وقيمتى ألف والثلث، وذلك ثمانمائة وثلاثون وثلث بيننا أثلاثًا إلى سهمان وله سهم، وحقكم فى ستة؛ لأن الثلث إذا صار ثلاثة، صار الثلثان ستة، وقد توى بعض الثلث على الميت، فيكون التوى علينا، فيقسم العين بيننا، فأنتم تضربون بستة، وأنا أضرب بسهمين، فيكون لى ربع الألفين، وذلك خمسمائة، ولكم ثلاثة الأرباع الألفين، وذلك ألف وخمسمائة، فأنا أسعى فى خمسمائة، فالقول قول العبد الحى؛ لأن وصيته قد ثبتت وظهرت، ولا تصدق الورثة فى[1] إبطال حق بعضه.

---

(١) وفى ظ وف "على" مكان "فى".

وكذلك لو لم يعتق المريض العبد الحى ، ولكن أوصى بعتقه ، ثم مات المريض ، ووقع الاختلاف بين الورثة وبين العبد الحى فى قيمة العبد الميت ، فقالت الورثة : كانت قيمة الميت ألفًا ، وقد بطل وصيتك ؛ لأن الثلث صار مستغرقًا بحق الأول وهو مقدم عليك ، وقال العبد الحى : بل كانت قيمته خمسمائة ولى تمام الثلث ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث كان القول قول العبد الحى ؛ لما قلنا .

٢٠٩٤٨- قال محمد رحمه الله : إذا أوصى الرجل لآخر بما بقى من ثلثه ، وقال : لفلان على دين فصدقوه فيما قال ، فالقول قول المقر له بالدين إلى تمام الثلث . يجب أن يعرف أولا أن المريض إذا قال لورثته : لفلان على دين فصدقوه فيما قال ولم يوص لأحد بشىء ما الحكم فيه؟ فنقول : الحكم فيه أن لا يصح الأمر بالتصديق قياسًا حتى لا يصدق المدعى الدين إلا بالبينة ، وفى الاستحسان يصح بمقدار الثلث ، وقد مرت المسألة من قبل ، إذا عرفت الحكم فى تلك الصورة جئنا إلى مسألتنا ، فنقول : إذا صح الأمر بالتصديق إلى الثلث لابد وأن ينتظر الغريم ؛ لأن الموصى جعل حق الموصى له فيما يبقى من ثلثه ، فينظر دعوى الغريم حتى يعلم أنه هل يبقى من الثلث شىء ، فإن ادعى الغريم مقدار الثلث ، كان جميع ذلك له ، ولا شىء للموصى له لانعدام محل وصيته ، وإن ادعى أقل من الثلث يعطى ما ادعى ويعطى للموصى له ما بقى من الثلث .

ولو كان أوصى لرجل بثلث ماله ، وقال : لفلان على دين ، فصدقوه ، فإنه يعطى الموصى له الثلث أولا ، وإن كان حق الآخر فى الدين ، والدين مقدم على الوصية ؛ لأن حق الموصى له ثبت للحال وظهر ؛ لأنه سمى له مالا معلوما فى نفسه ، فتم سبب استحقاقه ، وحق الآخر فى الدين موهوم تعلق ثبوته بدعواه وتصديق الورثة ، وإنه موهوم قد يوجد وقد لايوجد ، والحق الثابت المعلوم أقوى من حق موهوم قد يثبت وقد لا يثبت ، والبداية بالأقوى أولى ، ثم يقال للموصى له : إن الميت قد أقر بالدين وأمر بالتصديق فلابد وأن تقر له شىء ، فإن أقر بشىء ، وصدقه الورثة فى ذلك كان على الموصى له بالثلث ثلث ذلك مما أخذ ، والثلثان على الورثة ؛ لأن الدين مقدم على الميراث والوصية ، وإنه شائع فى كل المال ، وثلث المال فى يد الموصى له والثلثان فى يد الورثة ، فيؤخذ الدين منهم بحساب ذلك وإن كذبت الورثة الموصى له فيما أقر ، وأقروا بأقل من ذلك ، فما زاد على ما أقر به الورثة ، يكون على الموصى له ؛ لأن إقراره حجة

فى حقه إن لم يكن حجة فى حق الورثة.

٢٠٩٤٩- رجل قال: لى على فلان خمسمائة ليس لى عليه غيرها، فأوصيت له بمالى عليه، وأوصيت لفلان بما بقى من الثلث، ثم مات، وترك ألفى درهم عين، فقالت الورثة: كان الدين على الغريم ألف درهم، ولا شىء للموصى له بما بقى، وقال الموصى له: الدين عليه خمسمائة ولى ما بقى من الثلث ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فإنه لا يلتفت إلى قول الورثة؛ لأنه يثبت[1] بإقرار الميت أن الدين خمسمائة، وإقراره معتبر فى هذا الباب، ألا ترى لو أقر، وقال: ليس لى على فلان شىء، فإنه يعتبر إقراره حتى لا يصح دعوى الورثة بعد ذلك لفقه، وهو أن الورثة يدعون على الميت، وقد أقر الميت أنه لا شىء له عليه. وإذا ثبت بإقرار الميت أن الدين خمسمائة كان للموصى له بقية الثلث يأخذه من المال العين ثم الغريم يعامل الورثة على ما تصادقوا، وقد تصادقوا أن الدين ألف، وإنه فات على الورثة من ثلثى المال ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلاث، فيرد الغريم ذلك على الورثة، ويسلم للغريم ما بقى من الدين بتصادقهم، وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان.

ولو كان مكان الدين عبد قد أعتقه الميت فى مرضه، وأقر أن قيمته خمسمائة، وأوصى لرجل بما بقى من الثلث، فمات العبد المعتق قبل أن يعرف قيمته، فقالت الورثة: كانت قيمته ألفًا، ولا شىء للموصى له بما بقى، وقال الموصى له: لا، بل كانت قيمته خمسمائة ولى بقية الثلث، فالقول قول الورثة ولا يكون للموصى له بما بقى شىء، فقد اعتبر قول الموصى فى بيان مقدار الدين، ولم يعتبر قوله فى بيان مقدار قيمة العبد.

والفرق أنا إنما اعتبرنا قوله فى بيان مقدار الدين؛ لأنه أعرف به من غيره، ولا كذلك قيمة العبد؛ لأن الإنسان عسى لا يعرف قيمة عبده، ويعرفها غيره، توضيحه: أن فى مسألة العبد للوارث طريق التوفيق بأن يقول: كانت قيمة العبد خمسمائة فى الابتداء كما أقر الميت، ثم ازدادت قيمته إلا أن الميت لم يعرف، فإذا كان لهم طريق التوفيق اعتبر قولهم، أما فى مسألة الدين ليس لهم طريق التوفيق، فلا يعتبر قولهم، ولأن الميت إذا

(١) هكذا فى الأصل وظ، وكان فى م وف "لا يثبت".

كان صادقًا فى إقراره أن الدين خمسمائة وجب قبول قوله، وإن كان كاذبًا، وصار مبرئًا الغريم عما زاد على الخمسمائة، ولا كذلك قيمة العبد؛ لأن الميت لو كان كاذبًا فى قوله: قيمته خمسمائة لا يصير قيمته خمسمائة بقوله، فظهر الفرق بينهما، ولو كانت الوصية بالثلث فى الوجهين جميعًا، والمسألة بحالها كان القول قول الموصى له؛ لما عرف غير مرة.

الفصل الخامس والثلاثون
فيما يجوز من وصية الذمى وما لا يجوز

٢٠٩٥٠- ما يجب اعتباره فى هذا الفصل أن وصية الذمى إن كانت من جنس المعاملات، فهى صحيحة بالإجماع لما عرف أن الذمى فى أحكام المعاملات كالمسلم، وإن لم يكن من جنس المعاملات، فهى أنواع أربعة: أحدها: ما يكون قربة عندنا وعندهم، وهذه الوصية صحيحة، سواء كانت لقوم معينين أو غير معينين؛ لأن هذه وصية بما هو قربة نظرًا إلى ما عندنا، أو إلى ما عندهم، فيصح، أكثر ما فى الباب أن الذمى لا يثاب على ذلك، ولكن الثواب ليس بشرط لصحة الوصية، ألا ترى أن المسلم إذا أوصى بما هو قربة إلا أنه لم يقصد القربة صحت الوصية، وإن كان لا يثاب عليها، فههنا كذلك.

والثانى: ما هو معصية عندنا وعندهم، وهذه الوصية صحيحة إن كانت لقوم بأعيانهم، ويعتبر تمليكًا، فلا يشترط فيه جهة[1] التقرب إلى الله تعالى، وإن كانت لقوم غير معينين، فهى باطلة؛ لأنه لا يمكن اعتبارها تمليكًا؛ لأن التمليك من المجهول باطل، فيشترط فيه جهة[2] التقرب إلى الله تعالى لتصير الجهة معلومة ولم يوجد.

والثالث: ما هو قربة عندنا معصية عندهم، وهذه الوصية صحيحة إن كانت لقوم معينين، ويعتبر تمليكًا منهم، فلا يشترط فيه التقرب من الموصى، وإن كانت لقوم غير معينين، فهى باطلة؛ لأن التمليك من المجهول باطل، فيشترط فيه جهة التقرب إلى الله تعالى لتصير الجهة معلومة، ولم يوجد؛ لأن الموصى لا يعتقد التقرب إلى الله تعالى بهذه الجهة.

والرابع: ما هو قربة عندهم معصية عندنا وإنها صحيحة عند أبى حنيفة رحمه الله، سواء كانت لقوم معينين أو غير معينين، وعندهما باطلة إلا إذا كانت لقوم معينين،

(١) وفى ظ "نية".

(٢) وفى ظ "نية".

فوجه قولهما: إن فى تصحيح هذه الوصية تقرير ما هو معصية عندنا، والسبيل إلى المعاصى الرد دون التقرير، ولأبى حنيفة رحمه الله أنا أمرنا ببناء الأحكام على اعتقادهم وأن لا نتعرّض لما يدينون جوازه بالرد والإبطال إلا ما استثنى عن عهودهم.

٢٠٩٥١- قال: ولو أن ذميّا أوصى بأن يشترى بثلث ماله رقابًا[1]، ويعتق عنه بأعيانهم، أو أوصى بأن يتصدق بثلث ماله على الفقراء والمساكين أو أن يسرج به فى بيت المقدس، أو يبنى فيه، أو أن يغزى به الترك أو الديلم، والموصى له من النصارى، فالوصية صحيحة؛ لأنها حصلت بما هو قربة عندنا وعندهم، فيصح سواء كانت الوصية لقوم معينين أو غير معينين؛ لما مر فى الفصل الأول.

ولو أوصى بثلث ماله للنائحات أو للمغنيات، فإن كانت الوصية لقوم معينين كانت صحيحة، ويعتبر ذلك تمليكًا منهم، وإن كانت القوم غير معينين كانت باطلة؛ لأنها حصلت بما هو معصية عندنا وعندهم، وفى مثل هذا الجواب على التفصيل الذى بينا؛ لما مر فى أول هذا الفصل.

ولو أوصى بثلث ماله بأن يحج عنه قوم من المسلمين، أو يبنى به مسجدًا للمسلمين إن كان ذلك لقوم بأعيانهم صحت الوصية ويعتبر تمليكًا منهم، وكانوا بالخيار إن شاؤا حجوا به وبنوا المسجد وإن شاؤا لا، وإن كان ذلك لقوم غير معينين فالوصية باطلة؛ لأنها حصلت ما هى قربة عندنا معصية عندهم، وفى مثل هذا الجواب على التفصيل؛ لما مر.

ولو أوصى بثلث ماله ليبنى به بيعة أو كنيسة، أو أوصى بأن تجعل داره بيعة أو كنيسة، فعلى قولهما: الوصية باطلة إلا إذا حصلت الوصية لقوم معينين ويكون ذلك تمليكًا منهم، وعند أبى حنيفة رحمه الله الوصية صحيحة على كل حال؛ لأن الوصية حصلت بما هو قربة عندهم معصية عندنا، وفى مثل هذا الجواب على الاختلاف على ما مر.

قال مشايخنا رحمهم الله: هذا الجواب على قول أبى حنيفة رحمه الله إذا أوصى به فى القرى، أما إذا أوصى به فى الأمصار لا ينفذ وصيته؛ لأنهم يمنعون من إحداث

(١) وفى م "أرقاء".

الكنائس فى الإمصار.

ومن يدعى الإسلام ودخل فى بعض الأهواء التى يكفر أهلها إلا أنه لا يظهر ذلك، وأوصى بوصايا، جاز من وصاياه ما يجوز من وصايا المسلمين لظاهر الإسلام لكونه مدعيّا أنه مسلم وهو كالمنافق على عهد رسول الله ﷺ، وكان رسول الله ﷺ يجرى عليهم أحكام الإسلام لادعاءهم[1] الإسلام ظاهراً، وإن كانوا يعتقدون بخلافه، كذا هنا.

ولو ارتد المسلم إلى اليهودية أو النصرانية أو المجوسية، ثم أوصى ببعض هذه الوصايا، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يتوقف ما يصح من المسلم من وصاياه، ويبطل ما لا يصح من المسلم؛ لأنه يقول: يتوقف جميع تصرفات المرتد على النفاذ بالإسلام والبطلان بالموت أو القتل والوصية نوع تصرف إلا أن ما لا يصح من المسلم لا فائدة فى توقيفه؛ لأنه إن أسلم يبطل، وإن مات أو قتل، يبطل، فلم يكن فى التوقف فائدة، فلا يتوقف، أما ما يصح من المسلم يصح منه إذا أسلم، وكان فى التوقف فائدة فيوقف.

وعندهما تصرفات المرتد نافذة للحال، فيصح منهما يصح من القوم الذى انتقل إليهم حتى لو أوصى بما هو قربة عندهم معصية عندنا، وكان ذلك لقوم غير معينين لا يصح عندهما. وأما المرتدة: فإنه ما يصح من وصاياها ما يصح من وصايا القوم الذين انتقلت إليهم، أما على قولهما: فلا يشكل؛ لأنه لا يوقف فى تصرفات المرتد عندهما مع أنه يقتل، ففى تصرف المرتدة، وإنها لا تقتل أولى، وأما على قول أبى حنيفة رحمه الله: فلأنه لا توقف فى تصرفات المرتدة عنده، وإن كان فى تصرفات المرتد توقفًا، فيصح منها ما يصح من القوم الذين انتقلت إليهم.

قال فى الكتاب: إلا فى خصلة وهى ما إذا أوصت بما هو قربة عندهم وهى معصية عندنا، بأن أوصبت ببناء البيعة أو الكنيسة، أو ما أشبه ذلك، وكانت الوصية لقوم غير معينين، فإنى لا أحفظ فيه عن أبى حنيفة رحمه الله شيئًا، وقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم: يصح، وقال بعضهم: لا يصح؛ لأنها إن كانت لا تقتل،

---

(١) وفى م "إلى دعائهم الإسلام".

ولكنها تجبر على الإسلام، فلا يعتبر اعتقادها، وكان لها حكم المسلمين، فما يصح من المسلم يصح منها وإلا فلا، ألا ترى أن تصرفها في الخمر والخنزير، لا يصح، ومتلف الخمر عليها لا يضمن، فعلم أنه لاعبرة لاعتقادها بخلاف الذمية.

الفصل السادس والثلاثون
فى الوصية بما زاد على الثلث على من يجوز وعلى من لا يجوز

٢٠٩٥٢- قال محمد رحمه الله فى "الزيادات": امرأة هلكت، وتركت زوجًا لا وارث لها غيره وقد كانت أوصت لأجنبى بنصف مالها، فللموصى له نصف المال، وللزوج الثلث والسدس لبيت المال، الأصل فى جنس هذه المسائل: أن الوصية بالثلث للأجنبى جائزة على الوارث وعلى بيت المال؛ لأنه تصرف فى خالص حق الموصى لا يتضمن إبطال حق على أحد، فوجب القول بنفاذه والوصية بما زاد على الثلث للأجنبى لا تجوز على الوارث إلا بإجازته لتعلق حق الورثة بما زاد على الثلث فى مرضه فيما بينهم وبين الأجانب على ما عرف فى موضعه ويجوز على بيت المال، إما لأن بيت المال حق عامة المسلمين، والموصى له من جملتهم، فقد وجد فى حقه الإسلام وإيجاب الموصى، فيترجح على من لم يوجد فى حقه إلا الإسلام، أو لأن تعيين الموصى فوق تعيين الإمام يتصرف لا بحكم الملك، والموصى يتصرف بحكم الملك، والتصرف بحكم الملك أقوى، ثم لو لم يعين الموصى هذا الشخص ولكن عينه الإمام أليس أنه يستحق الكل؟ فإذا عينه الموصى أولى أن يتعين.

٢٠٩٥٣- إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج المسألة، ووجه ذلك أن يبدأ بوصية الأجنبى فى قدر الثلث؛ لما ذكرنا أن الوصية بالثلث للأجنبى جائزة على الوارث وعلى بيت المال، والوصية الجائزة مقدمة على الميراث، ومطلق الوصية ينصرف إلى الثلث الذى هو حق الموصى، فيعطى الأجنبى ثلث المال أولا لهذا يبقى ثلثا المال، فيعتبر الإرث فيه، فيعطى الزوج نصفه، وهو ثلث جملة المال، يبقى ثلث آخر وهو تركة الميت، ولا مستحق له بالميراث؛ لأن الزوج لايستحق زيادة على النصف، وقد بقى من وصية الأجنبى السدس، فيعطى له السدس، بقى سدس آخر، لا مستحق له لا بالوصية ولا بالميراث، فيوضع فى بيت المال، وإن كانت أوصت للزوج بنصف المال، فإن المال كله للزوج النصف بحكم الإرث، والنصف بحكم الوصية، ووجه ذلك أن يعطى الزوج

أولا نصف المال بحكم الإرث؛ لأن الوصية للوارث مؤخرة عن الميراث، فيأخذ الزوج النصف أولا بالإرث، بقي النصف الآخر خاليًا عن الإرث يكون لبيت المال، لولا الوصية للزوج إلا أن الوصية للوارث على بيت المال صحيحة، فيكون النصف الآخر للزوج بحكم الوصية، فقد صرف الوصية بالنصف الفارغ عن الميراث، ولم يجعل شائعًا إذ لو كان شائعًا لكان أحد الربعين فى النصف المستحق بالميراث، فيبقى ثمة ربع فارغ، فيكون لبيت المال، إنما فعل هكذا تصحيحًا للوصية فى الكل.

وكذلك لو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت لزوجها بأحد العبدين بعينه، فهما جميعًا للزوج أحدهما بحكم الإرث، والآخر بالوصية، وهذا لأن المرأة لما ملكت الإيصاء للزوج بنصف المال، ملكت الجمع فى أحد العبدين بعينه، ألا ترى أن الميت لما ملك الإيصاء بثلث المال ملك الجمع فى شيء بعينه، وإذا ملك الجمع، صار العبد الذى لم يضف إليه معينًا للإرث، وصار العبد الآخر معينًا للوصية.

قال فى "العيون": لو أن رجلا مات وترك امرأة لا وارث له غيرها وقد كان أوصى بماله كله لرجل فإن أجازت المرأة الوصية كان جميع المال للأجنبى، وإن لم تجز المرأة، فلها السدس، وخمسة الأسداس للأجنبى، والوجه ما مر أنا نبدأ بوصية الأجنبى بقدر الثلث، فيعطى له ثلث المال بالوصية، يبقى هنالك ثلثا المال، فيعتبر فيه الإرث، فتعطى المرأة ربعه، وذلك سدس جميع المال سهم من ستة، يبقى ثمة ثلاثة، فهى تركة الميت، ولا مستحق لها بالإرث، فيعطى الموصى له بالوصية.

٢٠٩٥٤- ولو أن امرأة ماتت ولم تدع وارثًا غير الزوج وقد كانت أوصت لأجنبى بجميع مالها، إن أجاز الزوج الوصية، فالمال كله للأجنبى، وإن لم يجز فللأجنبى ثلثا المال، والوجه ما مر أنا نبدأ بوصية الأجنبى بقدر الثلث، ونعطى الزوج نصف ما بقى وهو ثلث المال بقى هناك ثلث آخر لا مستحق له بالإرث ليكون للموصى له أيضًا، فصار للموصى له ثلثا المال.

٢٠٩٥٥- وإذا هلك الزوج وترك امرأة لاوارث له غيرها وأوصى لأجنبى بنصف ماله وأوصى لامرأته بنصف ماله أيضًا فإنه يعطى الأجنبى أولا ثلث ماله وللمرأة ربع ما بقى إرثا والباقى يقسم بينهما على قدر حقوقهما. وجه ذلك أنا نبدأ بوصية

الأجنبى بقدر الثلث كما ذكرنا ونعطى المرأة بالميراث ربع ما بقى، وكان الحساب من ستة يبقى ثلث تقسم بينهما على قدر حقوقهما[1] وحق الأجنبى كان فى ثلثه، وقد استوفى سهمين بقى حقه فى سهم نصف ذلك السهم فى محل وصيته ونصفه فى محل الإرث، وهو يستحق الضرب بالكل، أما عندهما فظاهر، وأما عنده فلأن الإرث عنده إنما يبطل الضرب بالوصية إذا حصلت الوصية بشيء لايملك الموصى الإيصاء به، ولا يسلم ذلك للموصى له إلا بإجازة الوارث حتى يبطل ذلك برد الوارث. وفى هذه المسألة الوصية حصلت بالنصف وإنها لا تتعلق بإجازة الورثة فصار النصف ههنا كالثلث فى سائر الوصايا، والوصايا إذا اجتمعت فى الثلث وجب الضرب بها فى كلها فى مواضع المزاحمة، وحق المرأة كان فى ثلثه وقد استوفت سهمًا، وما استوفت نصفه من محل الإرث، فلا تعتبر وصيتها فيه لكونه مستحقّا لها بالإرث ونصفه من محل وصية الأجنبى، فيبقى حقها وصية فى سهمين ونصف، فانكسر بالأنصاف، فيجعل كل نصف سهمًا، فصار وصية المرأة خمسة أسهم ووصية الأجنبى سهمين، فجملته سبعة أسهم، تقسم الثلاثة الباقية بينهما على سبعة أسهم وهى لا يستقيم عليها، فيضرب أصل الحساب، وذلك ستة فى مخرج السبع وذلك سبعة، فيصير اثنين وأربعين يأخذ الأجنبى الثلث أولا، وذلك أربعة عشر، وتأخذ المرأة بالميراث ربع الباقى سبعة، يبقى هناك واحد وعشرون تقسم بينهما أسباعًا خمسة أسباعه للمرأة وهى خمسة عشر وسبعاه للأجنبى ستة، فحصل للأجنبى مرة أربعة عشر ومرة ستة وذلك عشرون، وحصل للمرأة مرة سبعة ومرة خمسة عشر، فذلك اثنان وعشرون، فإذا جمعت بين الجملتين كان المجموع اثنين وأربعين، فيستقيم التخريج.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "حقهما".

الفصل السابع والثلاثون
فى الوصية مع الجهالة

٢٠٩٥٦- وإذا أوصى بثلث ماله لأحد إخوته ولم يبين لأيهم، فالورثة يعطونه واحدًا، فقد جوز هذه الوصية مع الجهالة؛ لأن هذه جهالة مستدركة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية، ثم الاستدراك إلى الورثة؛ لأنهم قاموا مقام الميت، فإن اختلفوا فى ذلك يؤخذ بقول أكثرهم، وإن استووا يؤخذ بالأول، فإن كانت الورثة ضغارًا يوقف ذلك حتى يدرك فيعطى أيهم شاء وإن أنفذ القاضى ذلك وأمر الوصى أن يعطى أيهما شاء جاز. هذه الجملة مروية عن أبى يوسف رحمه الله أوردها فى "نوادره".

٢٠٩٥٧- وفى "النوازل": إذا أوصى بوصايا لقوم، فنسى الوصى مقدار وصية كل واحد عنهم يستأذنهم فى أن يعطيهم كيف شاء، فإن أذنوا له جاز له أن يعطى كيف شاء.

٢٠٩٥٨- وفى "واقعات الناطفى رحمه الله": إذا أوصى بأحد العبدين ومات قبل أن يعطيه واحدًا منهما يعنى مات الموصى فقال بعض الورثة: يدفع هذا وقال البعض: يدفع ذلك، فعن محمد رحمه الله يوقف ذلك حتى يجتمعوا، وإن كانوا صغارًا إلى أن يبلغوا. وفى وصايا الإملاء أيهم سبق بعينه فالوصية تصرف إليه، وليس للباقين قول، وإن كانوا صغارًا، فالوصى يدفع أقلهما قيمة، وإن دفع أكثرهما قيمة جاز، وللقاضى أن يدفع أيهما شاء.

ولو أوصى بهذا العبد لأحد هذين الرجلين، فهو على هذا الاختلاف، وقد قيل: إن قال بعض الورثة: يدفع العبد إلى هذا، وقال البعض: لا، بل يدفع العبد إلى ذلك، فلكل واحد منهما أن يدفع نصيبه إلى من اختاره.

٢٠٩٥٩- وفى "عيون المسائل": إذا أوصى بثلث ماله لفلان أو لفلان قال أبو حنيفة رحمه الله: الوصية باطلة، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه بينهما نصفان، وعنه

رواية أخرى : أنهما إن اصطلحا ، فالوصية لهما ، وعن محمد رحمه الله : أن هذا إلى الوارث يعطيه أيهما شاء وليس للوصي ذلك .

٢٠٩٦٠- وفي "المنتقى" : إذا قال : ثلث مالي يوقف فينفق على من يحتاج من ولدي وإخوتي وله خمسة بنين وخمسة إخوة ، فالثلث بين الإخوة وبين الولد نصفين ، فإن احتاج واحد من إخوته ينفق عليه من نصف الثلث وإن قال ولده : نحن نقسم حصته بيننا على فرائض الله تعالى لم يقسم بينهم ؛ لأن ولده لو ماتوا أغنياء ، كان ذلك للإخوة على الوصية ، وإن احتاج واحد من ولده لم ينفق عليه ، ولكن حصة الولد تقسم بين أولاد الميت على الميراث ؛ لأنه بمنزلة وصية ولا وصية للوارث .

وإذا قال : ثلث مالي بين أعمامي وأخوالي ، وله عم وخال ، فالثلث بينهما ، وإن كان له عم واحد أو عمان ، وليس له خال يرد نصف الثلث إلى الورثة ، وكذلك إذا كان له عمان ولا خال له ، ولو قال لإخوتي : وله أخ واحد وهو يعلم ، أو لا يعلم ، فله نصف الثلث .

الفصل الثامن والثلاثون
في المتفرقات

٢٠٩٦١- "المنتقى" برواية المعلى عن أبي يوسف رحمه الله : إذا أوصى أن يسقى الماء عنه شهرًا في الموسم ، أو أوصى بذلك في سبيل الله ، فالوصية باطلة في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إن أوصى أن يسقى عنه في الموسم ، فإنه يسقى عنه يوم التروية ويوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق ، ويصرف لهذه الوصية في الثلث بجميع الثلث ، فقد أشار إلى جواز هذه الوصية ، وأشار إلى المعنى ، فقال : تعارفة المسلمون[1] فيما بينهم ، فيجب تقريره .

٢٠٩٦٢- المعلى عن أبي يوسف رحمه الله أيضًا : امرأة أوصت لزوجها بجميع مالها ولا وارث لها غيره ، فالقاضي يقول للزوج : أ تجيز الوصية أو لا تجيزها؟ فإن أجاز ، فله نصف المال بالوصية والنصف بالإرث ، وإن لم يجز ، فله النصف بالإرث ، ولا شيء له غير ذلك ، وقال محمد رحمه الله : القاضي لا يقول له : أ تجيز الوصية أو لا تجيزها ، ولكنه إن رد الوصية ، فله نصف المال ، وإن قبل أخذ المال كله .

٢٠٩٦٣- وفي "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله : رجل أوصى بأن يعتق عنه عبد من عبيده بغير عينه ، وترك وارثين : أحدهما صغير ، والآخر كبير ، فاختار هذا الكبير عبدًا قال محمد رحمه الله : ليس له ذلك إلا بأمر القاضي ، سواء وافقه وصي الصغير في ذلك ، أو لم يوافقه ، ولم يجعل الوصي يقوم مقام الصغير في هذا .

٢٠٩٦٤- إذا أوصى بمائة درهم من ماله لإنسان بعينه ، فباع منه الوصي شيئًا من مال اليتيم بمائة ، أو صالحه على ثوب قيمته قليل[2] جاز ، وكذلك لو حط الموصى له البعض ، وأخذ البعض جاز .

---

(١) هكذا في ظ وف ، وكان في الأصل وم "مفارقة المسلمون" .

(٢) وفي م "أو صالحه على ثوب قليل القيمة أو مثلها جاز" .

ولو كانت الوصية للمساكين بمائة، فصالح الوصى ثلاثة منهم على عشرة دراهم لايجوز قياسًا، وله أن يسترد العشرة؛ لأنه أعطاهم على شرط أن يسقط الباقى عن الورثة، وفى الاستحسان: يجوز، ولهم العشرة، ويؤدى الوصى تسعين درهمًا للمساكين، ولو صالحهم على ثوب قليل القيمة لا يجوز، وله أن يأخذ الثوب؛ لأنه ليس جنس حقهم بخلاف ما تقدم، ولو أوصى بثلث ماله، فأعطى الوصى الأغنياء، وهو لا يعلم لا يجزئه، والوصى ضامن فى قولهم جميعًا؛ لأنه خالف لا إلى خير.

٢٠٩٦٥- وإذا أوصى إلى رجل بصوف غنمه أو لبنها و سمنها أبدًا، وأوصى بولد غنمه أبدًا، فإن ذلك لا يجوز إلا ما كان على ظهرها من الصوف، وفى ضرعها من اللبن، وفى اللبن الذى فى ضرعها من السمن، وفى الولد الذى فى بطنها يوم موت الموصى، فالوصية بالموجود من هذه الأشياء يوم موت الموصى له جائزة، أما الوصية بالولد الموجود فلأنه يجوز تمليكه بعقد من العقود سوى الوصية وهو الخلع، فيجوز بعقد الوصية.

وأما اللبن الموجود والصوف القائم على ظهر الشاة، فإنما جازت الوصية بهما، أما عند أبى يوسف رحمه الله: فلأنه يجوز تمليكها بعقد سوى الوصية وهو الصلح، حتى إن من ادعى غنمًا فى يد إنسان، ثم اصطلحا على الصوف القائم على ظهرها، أو اصطلحا على اللبن الموجود فى ضرعها يجوز، فيجوز تمليكها[1] بالوصية أيضًا، وأما على قول محمد رحمه الله: فلأنه مال قائم حال اتصاله، وحال انفصاله عن الأصل، فلو امتنع جواز الوصية بها إنما امتنع لمكان الجهالة أو لمكان العذر، وكل ذلك لا يمنع جواز الوصية، فأما الوصية بما يحدث من هذه الأشياء بعد الموت ذكر أنه لا يجوز.

قال: وهذا والغلة سواء فى القياس، ولكن أدع القياس فيه، وأستحسن ذلك، ذكر القياس والاستحسان، ولم يبين مراده من ذلك، فيحتمل أن يكون مراده أن القياس أن تجوز الوصية بما يحدث من هذه الأشياء بعد الموت كما فى الغلة والثمرة، وفى الاستحسان: لايجوز، ويحتمل أن يكون مراده القياس أن لا تجوز الوصية بما حدث من هذه الأشياء، وبما يحدث من الغلة والثمرة، ولكنا استحسنّا، وقلنا: بالجواز فى الغلة

---

(١) وفى ظ "تملكها".

والثمرة دون هذه الأشياء، فإن كان المراد هو الأول، فوجه القياس: أنه أوصى بفرع من فروع ملكه أبدًا، فيجب أن تجوز الوصية كما لو أوصى بالغلة الثمرة، وجه الاستحسان: أنه أوصى بما لا يجوز تمليكه بعقد من العقود، فإن الولد الذى لم يحدث بعد، والصوف الذى لم يوجد فى مستقبل الزمان لا يجوز تمليكه بعقد من العقود، وما لا يجوز تمليكه بعقد من العقود، فلا يجوز الوصية؛ لأن الوصية عقد تمليك، وبهذا الطريق لم تجز الوصية بالخمر وبأطراف العبد والشاة بخلاف الغلة والثمار التى تحدث؛ لأنه يجوز تمليكها بعقد من العقود على ما مر، فتجوز الوصية بهما، وإن كان المراد هو الثانى، فوجه القياس أن الوصية بما يحدث من الغلة والثمرة وصية بفرع من فروع ملكه، فوجب أن لا يصح كالوصية بالصوف واللبن والولد، وجه الاستحسان: أنه أوصى بما يجوز تمليكه بعقد من العقود، فيجوز كالوصية بالمنافع والأعيان بخلاف اللبن المعدوم والصوف المعدوم؛ لأن هناك أوصى بما لا يجوز تمليكه بعقد من العقود.

٢٠٩٦٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: إذا أوصى بأرض ونخل لرجل وعلى رؤوس النخل ثمر، أو أوصى بأرض لرجل، وفيها زرع، فالثمر والزرع للورثة، ويترك الثمر على النخيل إلى أن تدرك بغير أجر، ويترك الزرع فى الأرض إلى أن يستحصد بأجر مثل الأرض. وذكر فى "المنتقى": أن للموصى له أن يأخذ الورثة بقلعه الساعة.

٢٠٩٦٧- ولو أوصى بالثمر أن يباع، ويجعل ثمنها فى المساكين، ثم مات قبل أن تدرك ترك الثمر حتى يدرك بغير أجر، ولو أوصى بالزرع أن يباع، ويجعل ثمنه فى المساكين، ثم مات تركته حتى يدرك بأجر مثل الأرض من الزرع.

٢٠٩٦٨- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله قال فى وصيته: بيعوا هذه الجارية من فلان، واجعلوا لها من ثمنها ألف درهم، فباعوها بألف قال: يعطونها الألف، وليس هذا بحط عن المشترى، فإن استحقت الجارية، فلا شىء للمشترى قد رجع إليه ماله، ولو أنه قال: أعطوها من ثمنها خمسمائة، فبيعت بألف، فأعطوها خمسمائة، ثم استحقت الجارية، رجع المشترى بالخمسمائة التى بعده.

٢٠٩٦٩- قال: وفى "المنتقى": إذا قال الرجل فى وصيته: بيعواجاريتى هذه ممن

تشاء يبيعونها ممن تشاء، فإن قال: بيعوها للعتق، تباع كما تباع النسمة، يحطّ من قيمتها كما يحطّ الناس، فيكون ذلك من الثلث، وإن قال: بيعوها ممن يتخذها أم ولد، أو يدبرها، فإني أجيزه بالاستحسان، ثم شرط العتق واتخاذها أم ولد لا يكون فى نفس البيع، ولكن يحلف من يريد شراءها أنه سيفعل ذلك بها إذا اشتراها، فإن لم يجد أحد يريدها لذلك، فإنه يبيعها أمة يعنى لايحط من قيمتها، وتباع ممن يشتريها، ولا يريد بها ما ذكرنا، والموصى له إذا وجد بالتركة عيبًا، فإن كان للميت وارث ملك الرد على البائع.

٢٠٩٧٠- فى الباب الأول من وصايا "الجامع": أراد الرجل أن يجعل بعض أملاكه لبعض ورثته، أو لولد من أولاده والوارث صغير، ويريد أن يكون الملك للولد، أو للوارث بعد موته، وينتفع هو بذلك حال حياته، فالوجه فى ذلك أن يملك ذلك الملك من غيره، ثم يوصى ذلك الغير لولده ذلك أو لوارثه، ويبيح الانتفاع لهذا الرجل مادام هذا الرجل حيّا وكثيرًا ما تقع الحاجة إليها للناس.

٢٠٩٧١- وإذا أراد الرجل أن يتصدق عنه بعد وفاته لأجل صلاته الفائتة، ولا يأمن من الوارث أن يفعل وصيته لو أوصى بذلك، وربما أوصى بثلث ماله قبل ذلك، ولو أوصى بذلك[1] أيضًا دخل هذا فى الثلث، وهو يريد أن يكون هذا وراء الثلث، فالحيلة فى ذلك أن يبيع شيئًا من أملاكه فى حال حياته وصحته ممن يثق به، ويعتمد عليه، ويسلم المبيع إليه، ويبرئه من الثمن حتى يبيع المشترى ذلك الشىء بعد وفاته، ويتصدق بثمنه عنه، فيجوز -إن شاء الله تعالى- فإن خاف لا يفعل ذلك الرجل، ويمسك ذلك الشىء لنفسه، ولا يبيع، ولايصرف ثمنه إلى الوجه الذى قال، فالوجه فى ذلك أن يبيع ذلك العين من ذلك الرجل بشىء ملفوف، ويكون الملفوف معيبًا بقليل عيب، ولا يرى البائع الملفوف، ولا يرضى بالعيب، ويوصى إلى إنسان أن يرى ذلك الشىء المعيب بعد وفاته، فيرده الوصى بالعيب إذا امتنع مشترى ذلك الشىء عن البيع، فيعود ذلك الشىء إلى ملك ورثته، وإنما اخترنا خيار العيب فى هذه المسألة؛ لأن خيار العيب يبقى بعد الموت، ولا كذلك خيار الرؤية.

٢٠٩٧٢- سئل الحسين بن أبى مطيع رحمه الله عمن أوصى بوصية من ثلث ماله،

---

(١) وفى م "ولو أوصى بهذا رجلا دخل هذا فى الثلث".

ثم قال: أعرضوا وصيتي هذه على فلان، فما يرد منها، فهو مردود، وما أجاز، فهو جائز، فلم يعرضوا ذلك على الرجل، أو عرضوا، ولم يجز حتى مات، قال: الوصية جائزة حتى يرد منها الذى فوض إليه، فلما فقد الرد، مضت الوصية على ما أمر به، ألا ترى أن من له الخيار فى البيع إذا مات فى مدة الخيار مضى الخيار[1] على وجهه، كذا ههنا.

٢٠٩٧٣- وفى الفتاوى سئل أبو بكر رحمه الله: عمن أوصى إلى غيره، فقال الوصى: أنا أقبل وصيتك فى إنفاذ ثلث مالك، ولا أقبل وصيتك فى قضاء ديونك، فأجابه الوصى إلى ذلك، قال: إن لم يجعل الميت قضاء ديونه إلى غيره، فالوصى يكلف جميع أمور الميت.

٢٠٩٧٤- وفى "فتاوى النسفى" سئل عمن قال: خويشان مرا ياد كاريها وصيت از مال من قال: تصح الوصية، وتتصرف إلى قريب له لا يرث منه، أو من قريب لا وصية له، والتقدير فى ذلك لمن خاطبه بذلك، فيعطى هو من مال الميت قدر ما يشاء مما يطلق عليه اسم التذكرة؛ لأنه لما لم يبين، فقد جعل التقدير[2] إلى المخاطب.

٢٠٩٧٥- دفع إلى رجل ألف درهم، وقال: هذه الألف لفلان، فإذا أنا مت، فادفعها إليه، فمات يسع لهذا الرجل أن يدفعها إلى فلان، وإن لم يقل: هو لفلان لا يسعه أن يدفعها إليه إذا مات الآمر؛ لأن بالموت صار للورثة فى هذه الصورة، فلم يصح تصرفه فيه بخلاف الوجه الأول؛ لأنه لما قال: لفلان لم يصر ملكًا لورثته.

٢٠٩٧٦- عن محمد رحمه الله أيضًا: فى رجل أوصى لرجل بعبد، والموصى له غائب، قال: ينفق على العبد من مال الميت، فإذا قدم الموصى له، فإن قبل الوصية، يرجع عليه بالنفقة. رجل أوصى لرجل بعبد، ومات الموصى، فلما بلغ الموصى له قال: هو حر عتق، وهذا منه قبول الوصية.

٢٠٩٧٧- وفى "نوادر المعلى" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل أوصى لعبد غيره بشيء، ثم إن المولى باع ذلك العبد من رجل، ثم قبل العبد الوصية، قال: الوصية

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "مضى البيع".

(٢) هكذا فى ظ وم، وف، وكان فى الأصل "التقدير فى ذلك إلى المخاطب".

للمولى الذى يكون القبول فى ملكه، قال: وهذا بمنزلة أمة تزوجت بغير أمر المولى، ثم أعتقها، فالمهر لها إن وقع الدخول بعد العتق، وللمولى إن وقع قبله، وقال محمد رحمه الله: الوصية فى الوجوه كلها للذى يكون مولى العبد يوم موت الموصى.

٢٠٩٧٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: إذا شهد الوارث على نفسه أنه قبض من الوصى جميع تركة والده، ولم يبقَ له من تركة والده قليل وكثير إلا وقد استوفاه، ثم ادعى بعد ذلك دارًا فى يد الوصى، وقال: هذه من تركة والدى تركها ميراثًا، ولم أقبضها قال: هو على حجة، أقبل بينته، وأقضى بها له، قال: رأيت لو قال: قد استوفيت جميع ما تركه، والذى من الدين على الناس، وقبضت كله، وجاء برجل يزعم أن لأبيه عليه دين كذا، لم أقبل بينته عليه، وأقضى له بالدين عليه، كذا ههنا.

٢٠٩٧٩- وفى "نوادر هشام" عن محمد رحمه الله: إذا أوصى بثلث ماله، وله عقار وعروض، فللوصى أن يبيع العروض كلها، وإن كانت الورثة حضور، أو كرهوا بيعه، ولايبيع من العقار إلا الثلث.

٢٠٩٨٠- المعلى عن أبى يوسف رحمه الله: الوصى إذا خلط مال اليتيم بمال نفسه لا يضمن؛ لأن الاحتراز عنه فى حق الوصى متعذر أو متعسّر، فسقط اعتباره.

إبراهيم قال: قلت لمحمد رحمه الله: ما غيبة الكبير التى يجوز بيع الوصى فى المتاع قال: إذا كان بالكوفة على مسيرة ثلاثة أيام.

٢٠٩٨١- وفى "نوادر بشر" عن أبى يوسف رحمه الله: إذا كان للميت ابنان صغيران أنفق الوصى على أحدهما أكثر مما أنفق على الآخر، ثم هلك المال أتبع أقلهما نفقة صاحبه بمثل فضل النفقة التى يفضل بها، ولا يتبعه بذلك حتى يقوم عليه بينة، ولا تقبل قول الوصى فى ذلك.

٢٠٩٨٢- ذكر عيسى فى "نوادره": أرض وقفت على المساكين استأجرها رجل من وصيه وزرعها، فمات الوصى، وأوصى إلى هذا الرجل، لم يكن المستأجر وصيًا فى دفع أجرة تلك الأرض إلى المساكين إلا أنه إن دفعها إليهم بشهادة شهود، جاز ذلك، ولا يقبل قوله فيه بغير بينة، وإنما هذا بمنزلة رجل كان له على رجل دين فمات، وأوصى

إليه، فإنه وصيه فى الأشياء كلها إلا أنه لم يكن وصيًا فى الاقتضاء عن نفسه، كذا هنا.

٢٠٩٨٣- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: رجل مات، وفى يده دار أو عبد وديعة، وله وصى وابن كبير قال: الوديعة تكون فى يد الابن، فإن قال الابن: هذه دارى تركها أبى لى ميراثًا، وقال الوصى: بل هو دار فلان كانت فى يد أبيك وديعة ولى على ذلك بينة تقبل بينته.

٢٠٩٨٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله: إذا أمر الوصى رجلا أن يضمن عن الميت دينه، فضمن، وأدى رجع بما ضمن فى مال الميت، ولا يرجع به فى مال الوصى إلا أن يكون الضامن خليطًا للوصى يعامله، ويأخذ منه ويعطيه، ففى هذه الصورة يرجع على الوصى فى ماله استحق ذلك.

٢٠٩٨٥- وفى "نوادر هشام": سألت أبا يوسف رحمه الله عن رجل أوصى بغلة داره للمساكين، فهدمت الدار بعد موته فى بناء المدينة، فأخذتها عوضًا قال: يبنى بالعوض دارًا تكون غلتهاللمساكين قلت: فإن تصدقوا بالثمن قال: أرجو أن لا يجزئه.

٢٠٩٨٦- قال: وإذا أوصى لصبى بمال سماه قال: أوصيت له بهذا المال، فأعطوا إياه بعد ما يموت أبوه، أو قال: أعطوه إذا أدرك، فالوصية وجبت له بعد موت الموصى، وللوصى أن لايدفع إلا بعد الوقت، فإن دفع إلى القاضى، فرأى القاضى أب الصبى موضعًا لمال الصبى أمر الوصى بدفع المال إلى الأب، ودفعه إليه جائز.

ولو قال الموصى: يتيما مات أبو هذا الصبى، فقد أوصيت له بكذا، لم تجز هذه الوصية عند علماءنا رحمهم الله، وقال ابن مقاتل رحمه الله: يوقف المال، فإن مات الصبى قبل موت أبيه بطلت الوصية، ذكر الفضلى فى فتاواه فى وصى ومشرف أن الوصى أولى بإمساك المال؛ لأن المشرف ليس بوصى آخر إنما حكمه ألا يجوز تصرف الوصى إلا بعلمه.

٢٠٩٨٧- وفى "واقعات الناطفى": إذا أوصى إلى رجل، وجعل رجلا آخر مشرفًا عليه، فالمشرف وصى الميت، كأنه قال: جعلتكما وصيين، فليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر فيما لا يتفرد به أحد الوصيين، والصحيح ما ذكره الفضلى، فى "النوازل": أوصت امرأة بثلث مالها، فأنفذ الوصى بعض وصيتها، وبقى فى يد الورثة

شيء، هل يجوز للوصي أن يترك ذلك في أيديهم إن علم الوصي من ديانة الورثة أنهم يخرجون الثلث جاز له الترك وما لا فلا.

٢٠٩٨٨- عم الصغير إذا باع عينًا من أعيان الصغير، ثم إن الحاكم جعل للصغير وصيًا، وأجاز الوصي ذلك البيع، جاز استحسانًا إن كان المبيع قائمًا.

٢٠٩٨٩- جدار بين دارين لصغيرين لهما عليه حمولة، وكل واحد وصي، وقد وهي الجدار، ويخاف سقوطه، فطلب أحدهما المرمة والبناء، وامتنع الآخر عن مرمته، فلطالب المرمة أن يرفع الوصي الآخر إلى القاضي، ويخبره بالقصة، فيبعث القاضي أمينًا ينظر فيه، فإن رأى في تركه ضررًا عليهما أمر الآبي حتى يبني مع صاحبه بخلاف المالكين البالغين إذا امتنع أحدهما؛ لأنه قد رضي بإدخال الضرر على نفسه، فلا يجبر على دفعه، أما ههنا الوصي إذا أراد إدخال الضرر على اليتيم، فلا يمكن من ذلك.

٢٠٩٩٠- وفي "نوادر ابن سماعة" عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أوصى بثلثين من هذه الغنم لرجل وهي مائة، فضاعت الغنم إلا ثلثين، وهي تخرج من الثلث كان ذلك له، ولو أوصى بثلث هذه الدار، واستحق ثلثاها كان الثلث الباقي كله له إذا كان يخرج من الثلث، والدار نظير الغنم والدراهم في هذا.

٢٠٩٩١- وفي "نوادر ابن سماعة" أيضًا عن أبي يوسف رحمه الله: رجل أوصى أن يوقف هذه النخيل على ولد فلان وولد ولده، يجري غلتها عليهم أبدًا، فإنه لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله إلا لمن ولد منهم، أو يولد لأقل من ستة أشهر بعد ذلك؛ لأنه وصية لقوم معروفين، والوصية في مثل هذا تجوز لمن قد خلق، ولا تجوز لمن لم يخلق منهم عند أبي حنيفة رحمه الله، ويجوز ذلك لهم في قول من يرى الوقف، ولو أوصى بأن يوقف ذلك على المساكين، جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله أيضًا.

ولو أوصى لولد فلان بنخيل تجري عليهم غلتها موقوفة، وعلى عقبهم أبدًا، فادعى فلان ولدًا من أمة له، فأثبت نسبه منه، فإنه يدخل معهم فيما يستغلون كأنه ولد حدث له الآن، ولا يرجع عليهم فيما قد مضى؛ لأنه لا يصدق عليهم.

٢٠٩٩٢- رجل قال في مرضه وليس ذلك في ذكر وصيته، ولا جواب منها غلة نخلي هذه لولد فلان وولد ولده موقوفة عليهم أبدًا، فإن احتاج إليها ولدي أنفق عليه من

غلتها، قال في "المنتقى" : هذا وقف وليس بوصية وهو جائز في قول من يجيز الوقف .

٢٠٩٩٣- وفي "نوادر المعلى" عن أبي يوسف رحمه الله : إذا قال الرجل : إن مت في سفري هذا، فلفلان على ألف درهم دين، فإنها وصية من ثلثه .

٢٠٩٩٤- وفي "المنتقى" : إذا قال : ثلث مالي لأكابر ولد فلان ولفلان ابنان، أحدهما ابن عشر سنين، والآخر ابن اثني عشر سنة، فهذان من جملة الأكابر .

٢٠٩٩٥- وفي "نوادر بشر" عن أبي يوسف رحمه الله : إذا قال : أوصيت بثلث مالي لأخي ولم يسمّه، وله أخ معروف من نسب، فهذا جائز، والوصية مخالفة للإقرار؛ لأن الوصية تجوز في المجهول .

الفصل التاسع والثلاثون
فى تصرف غير الوصى والوارث فى مال الميت

٢٠٩٩٦- ذكر فى "فتاوى أهل سمرقند" : إذا تصرف واحد من أهل السكة فى مال الميت من البيع والشراء، ولا وصى للميت، وهو يعلم أنه لو رفع الأمر إلى القاضى حتى ينصب وصيّا، فالوصى يأخذ المال ويفسده، أفتى أبو بكر الدبوسى[1] رحمه الله أن تصرفه جائز للضرورة، وهذا منه نوع استحسان، وبه يفتى.

٢٠٩٩٧- وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" : غريب نزل فى بيت رجل فمات فيه، وترك دراهم، ولم يوص إلى أحد، يرفع رب البيت الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بشراء كفنه من ماله، فإن لم يجد القاضى، كفنه كفنًا وسطًا، وهذا إذا كان لا يعلم مفسدة فى الرفع إلى القاضى، أما إذا كان يعلم ذلك فلا يرفع الأمر إليه وكفنه كفنًا وسطًا.

٢٠٩٩٨- وعن أبى سليمان الجوزجانى رحمه الله : أنه قال : مات رجل يقال له : ليث المروزى، ولم يوص إلى أحد، فباع محمد بن الحسن رحمه الله كتبه ومتاعه فى بيع من يزيد، ولم يكن محمد رحمه الله يومئذٍ قاضيًا.

٢٠٩٩٩- وفى "المنتقى" قال محمد رحمه الله : رجل مات فى سفره ومعه رفقاءه فباعوا متاعه ودوابه وجواريه وهم فى موضع ليس فيهم قاضٍ قال : بيعهم جائز وللمشترى أن ينتفع بما اشترى، فإن جاء وارثه، فوجد متاعه، فله أن يأخذه، وإن شاء، أجاز البيع قال : وهذا بمنزلة اللقطة يتصدق بها الملتقط، فإذا جاء صاحبها ووجدها، فله أن يأخذها، وإن لم يجدها، فله أن يضمن الذى أصابها، وإن شاء أجاز الصدقة، فكذا متاع الميت.

٢١٠٠٠- وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله : فى رجل مات فى سفر مع قوم

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "أبونصر الديوكا".

قال: أستحسن أن يبيعوا ثيابه ومتاعه، ولا يبيعوا الرقيق، ولا ينفقوا على الرقيق من مال الميت، ولكن إن كان معهم طعام، كان هو الذى يأكل منه يعنى الرقيق يأكل من طعام مولاه من غير أن يدفعوا إليه، وكذلك الدراهم على نفسه من غير أن ينفقوها عليهم.

الفصل الأربعون
فى معرفة صفات أسماء الموصى له

٢١٠٠١- إذا أوصى بثلث ماله لشبان أهل بيته، أو لكهولهم، أو لشيخوهم[1] قال بعض أهل اللغة : الصبى يسمى غلامًا إلى أن بلغ تسع عشر سنة، ثم من تسع عشر شاب إلى أربع وثلاثين، ثم من أربع وثلاثين كهل إلى إحدى وخمسين، ثم من إحدى وخمسين شيخ إلى آخر عمره، وفى الشرع : الغلام اسم لمن لم يبلغ، وحد البلوغ معلوم، فإذا بلغ صار شابًا وفتى.

وعن أبى يوسف رحمه الله : أن الشاب من خمس عشر سنة إلى ثلاثين ما لم يغلب عليه الشمط، والكهل من ثلاثين إلى خمسين، والشيخ ما زاد على الخمسين، وفى القدورى عن أبى يوسف رحمه الله : أن الشاب من خمس عشر سنة إلى خمسين إلا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك، والكهل من ثلاثين إلى آخر عمره والشيخ ما زاد على خمسين، فعلى هذه الرواية جعل أبو يوسف رحمه الله الكهل والشيخ سواء فيما زاد على الخمسين.

وفى وصايا "النوازل" : قال أبو يوسف رحمه الله : من كان ابن ثلاثين، فهو كهل، وعنه من كان ابن ثلاث وثلاثين فصاعدًا، فهو كهل، فإذا بلغ خمسين، فهو شيخ، وفى "نوادر ابن سماعة" : الكهل من ثلاثين إلى الأربعين، والشيخ من زاد على الخمسين وإن لم يشب، وإن زاد على الأربعين وشيبه أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر، فليس بشيخ.

وعند محمد رحمه الله الغلام من كان له أقل من خمس عشرة سنة، والشابّ

---

(١) وفى ظ "مشيختهم".

والفتى من بلغ خمس عشرة سنةً وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين، وزاد عليه إلى ستين إلا أن يكـــون الشيب قد غلب عليه، فيكون شيخًا، وإن لم يبلغ الخمسين إلا أنه لا يكون كهـــلا حتى يبلغ أربعين ولا شيخًا حتى يجاوز الأربعين -والحمد لله رب العالمين- .

كتاب المداينات
وقضاء الدين عن نفيه أو عن غيره، والأمر به والقرض والاستقراض

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

الفصل الأول: فيما يجرى بين الدائن والمديون

الفصل الثانى: فى قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه ومن مال المديون

الفصل الثالث: فى الرجل المديون يدفع إلى غيره مالا، وأمره أن يقضى بها دينه

الفصل الرابع: فى المديون إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين رجاء أن يجيز رب الدين قبضه

الفصل الخامس: فى المديون إذا أمر غيره أن يقضى دينه، ثم إن المديون يقبض الدين بنفسه

الفصل السادس: فى المأمور بقضاء الدين إذا قال: قد قضيت، وصدقه الآمر فى ذلك، وكذبه رب الدين

الفصل السابع: فى الرجل يأمر غيره أن يدفع المال إلى غيره، فيرجع المأمور بذلك أو لا يرجع

الفصل الثامن: فيما يجرى بين رب الدين، وورثة المديون

الفصل التاسع: فى الإقراض والاستقراض

الفصل العاشر: فى المتفرقات.

الفصل الأول

فيما يجرى بين الدائن والمديون

٢١٠٠٢- ومن عليه الدين المؤجل إذا قبض منه المال قبل حلول الأجل، ثم استحق المقبوض من يد الطالب، عاد المال مؤجلا؛ لأن الأجل ما سقط ههنا مقصودًا، وإنما سقط حكمًا للقصاص قبل حلول الأجل، والأصل أن الأجل لما سقط حكمًا للسبب، ثم انفسخ السبب من كل وجه يعود الأجل، كما لو سقط حكمًا للصلح، ثم انفسخ الصلح.

٢١٠٠٣- وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم حالة، فقال له رب الدين: إن دفعت إلى غدًا خمسمائة، فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عنك سنة، وإن لم تدفع إلى غدًا خمسمائة، فالألف عليك على حالها، فهذا جائز.

٢١٠٠٤- ولو أن جماعة جاؤوا إلى رجل، واستقرضوا منه دراهم، وأمروا المقرض أن يدفع إلى واحد منهم الدراهم جملة، فدفع إليهم، ثم إن المقرض طلب جميع الدراهم من المدفوع إليه، فليس على المدفوع إليه إلا حصته؛ لأن المدفوع إليه وكيل من جهة شركاءه بقبض أنصباءهم، وقبض الوكيل ينتقل إلى الموكل، فكأنهم قبضوا بأنفسهم، وهناك كان الجواب، كما قلنا.

٢١٠٠٥- فى "مجموع النوازل": مسلم باع خمرًا، وقضى بثمنه دينًا عليه لمسلم، لا يحل للطالب أن يأخذه، وإن كان الدين على نصرانى، فباع خمرًا، وقضى بثمنها دينًا عليه لمسلم، جاز للطالب أن يأخذه؛ لأن بيع الخمر من المسلم لم يصح، فلم يصر الثمن مملوكًا للبائع، بل بقى على ملك المشترى، فالبائع يدفع مال الغير إلى رب دينه قضاء من دينه، ولا يحل لرب الدين أخذه، أما بيع الخمر من النصرانى صحيح، فصار الثمن مملوكًا له بما قضى للبائع دين نفسه، فيحل لرب الدين أخذه.

٢١٠٠٦- وفى القدورى فى كتاب الحظر والإباحة: رجل له على آخر دراهم

جياد، فقضاه زائفة، وقال: أنفقها، فإن لم يرج لك، فردها على، ففعل، فلم ترج[1] له، فله أن يردها استحسانًا، قال عقيب ذكر جواب هذه المسألة، كذا قاله أبو يوسف رحمه الله، ويحتمل أن يكون هذا قوله خاصة كما قال فيمن كان له على آخر دراهم جياد، وعن محمد رحمه الله: مثل ذلك ويحتمل أن يكون هذا قول الكل.

٢١٠٠٧- فرق بين هذا، وبينما إذا اشترى عينًا، فوجده معيبًا، وأراد رده، فقال البائع: بعه، فإن لم يشتر منك رده على، فعرضه على البيع، فلم يشتر منه، فلم يكن له أن يرده، والفرق أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض، بل هو جنس حقه بحيث لو تجوز بها، وصارت عين حقه، فإن لم تجوز، بقيت على ملك الواقع، فصح أمر الدافع القابض بالتصرف فيه، وكان عرض القابض تصرفًا منه فى ملك الغير بإذن المالك، ومن كان له على رجل دين، فتصرف فى ملك المديون بأمره لا يسقط دينه إلا أنه إذا راج له تلك الدراهم، فإنما يسقط دينه؛ لأن فى الابتداء تصرف للدافع، وفى الانتهاء لنفسه، فكأن الدافع وكله بأن يبيع دراهمه لأجل الدافع، وما يحصل له بها يقبضه بدينه، وذلك صحيح، أما مشترى العين فللمالك العين وإن كان معيبًا إلا أن له حق الرد بالعيب، فلا يمكن أن يجعل قول البائع: بعه إذنًا منه فى التصرف للبائع، فكان عرض المشترى المبيع على البيع تصرفًا منه فى المبيع لنفسه، وذلك يوجب سقوط خياره، ولو لم يسقط خياره، إنما لا يسقط لقول البائع، فإن لم يشتر، رده عليه، ولا وجه إلى ذلك؛ لأن أكثر ما فيه أن يجعل هذا منه وعدًا للقبول برده عليه إلا أن المواعيد لا يتعلق بها اللزوم، ولأن هذا شرط بخلاف حكم الشرع، فيبطل كما فى شرط المرتهن على الراهن أن لا يكون الرهن مضمونًا، وكما لو شرط البائع على المشترى أن لا ينفسخ العقد بهلاك المبيع قبل القبض، إذا قبض الدراهم من مديونه اقتضاء للدين وأنفقها، ثم ردت عليه بعيب الزيافة، فإن كان حين أنفقها يعلم أنها زائفة، فله أن يردها، سواء قبلها بقضاء أو بغير قضاء.

٢١٠٠٨- فرق بين هذا وبين المبيع إذا قبله البائع بغير قضاء، فإن ثمة لا يكون للبائع أن يرده على بائعه، والفرق أن ثمة الرد إذا كان بغير قضاء جعل عقدًا جديدًا فى

---

(١) وفى م "يبرح".

حق الثالث وهو البائع الأول، أما ههنا فلا يمكن أن يجعل بيعًا جديدًا؛ لأنه لا يملكه الراد على ما قدمنا.

٢١٠٠٩- قال أبو يوسف رحمه الله: من أقرض كر حنطة عين، وقبضها المستقرض واستهلكها، ثم قضاه كر حنطة جيدة، فإن كان قاله الطالب: لى عليك حنطة جيدة وصدقه المطلوب وقضاه، ثم تصادقا أن الكر القرض كان عفنًا، فللمستقرض أن يرجع فيما قضاه، ويعطيه كرا عفنا مثل القرض، وإن لم يكن الطالب قال له: كذا جيدة لكن المستقرض قضاه جيداً من غير شرط جاز، وليس له أن يرجع، قال ثمة: ويحتمل أن يكون جواب الوجه الأول قول أبى يوسف رحمه الله خاصة على ما قدمنا.

٢١٠١٠- عن محمد رحمه الله من قال لآخر: لى عليك ألف درهم، وقال له الآخر: إن حلفت أنها لك على أديتها إليك فحلف، فاداها إليه المدعى عليه إن كان أداها على الشرط الذى شرطا فباطل، وللمؤدى أن يرجع فيما أدى؛ لأن ذلك الشرط باطل؛ لأنه على خلاف حكم الشرع؛ لأن حكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعى.

٢١٠١١- فى "النوازل": استقرض دراهم بخارية ببخارى، أو اشترى سلعة بدراهم بخارية ببخارى، فالتقيا فى بلدة لا يقدر فيها على البخارية يؤجل قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا، ويستوثق منه؛ لأنه ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة، ويستوثق منه نظراً للطالب.

٢١٠١٢- من عليه قفيز حنطة لآخر إذا قال له: ليس عندى حنطة، فبعنى الحنطة، فباعها منه، واشتراها من عليه، فالبيع فاسد، وإن أراد صحته ينبغى أن يشترى القرض منه ثوبًا بتلك الحنطة، ويقبض الثوب، ثم يبيع منه ذلك الثوب بما أراد؛ لأن الحنطة فى الذمة تصلح ثمنًا، ولا تصلح مبيعًا إلا بطريق السلم، وما ذكره من الجواب فى أصل المسألة على الإطلاق خلاف رواية "الجامع"، فقد ذكر فى "الجامع": أن من كان له على آخر طعامًا، فأشترى ذلك الطعام بدراهم معلومة، ونقد الدراهم فى مجلس الشراء، فإنه يجوز الشراء ممن عليه الدين.

٢١٠١٣- إذا حمل حنطة، فألقاها فى بيت الدائن، فقال له الدائن: كلها حتى ننظر كم هى، ولم يجر بينهما بيع، فإن لم يكن جرى بينهما معاملة متقدمة، تواضعا فيها

على شيء مقدر لكل قفيز ، فلا بيع بينهما ، أعطى المديون دينه إلى الدائن حيث أخذ اللصوص الطريق يأخذون أموال المسلمين ، فأراد الدائن أن لا يأخذ منه ليس له ذلك ؛ لأن المديون حيث ما قدر على الأداء ، فله أن يؤدى ، كذا ذكر عن إبراهيم بن يوسف رحمه الله ، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله : عندى أن اللصوص إذا استولوا عليهم ، فله أن يمنع من القبض ؛ لأن المال صار فى أيدى اللصوص ، ألا ترى أن الكفيل بالنفس إذا سلم فى المفازة ، أو موضع لا تقدر المكفول له على استيفاء حقه منه لم يصح منه تسليمه ، وكذا الغاصب إذا سلم المغصوب إلى المالك فى موضع يخاف عليه لم يصح تسليمه حتى كان للمالك أن لا يقبل ، وإذا لم يقبل لا يبرأ الغاصب عن الضمان ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله : به يفتى .

٢١٠١٤- فى رهن "المنتقى" : رجل له على رجل عشرون درهمًا ، فدفع من عليه إلى من له مائة درهم ، وقال : خذ منها عشرون بحقك ، فضاعت قبل أن يأخذها ، فإنها من مال الدافع .

وفيه أيضًا : رجل له على رجل دينار ، فدفع من عليه إلى من له دينارين ، وقال : خذ أحدهما قضاء لك ، فضاعا قبل أن يأخذ أحدهما بدينه ، فدينه على حاله ، وهو مؤتمن فيها ، ولو قال أحدهما : قضاء لك كان قابضًا له بدينه .

الفصل الثانى
فى قضاء الرجل دين غيره بغير أمره من مال نفسه أو من مال المديون

٢١٠١٥- أحد الورثة إذا قضى دين الميت عن التركة من مال نفسه، ثم هلكت التركة قبل أن يرجع فيها، ثم ورثوا من ميت آخر لا يكون للذى قضى دين الميت الأول أن يرجع فى تركة الميت الثانى ؛ لأن القاضى إنما قضى الدين من خالص ماله ليصير ذلك دينًا عليه فى مال الميت الأول لا فى مال الميت الثانى كتبه فى " شرح السير فى كتاب السير " .

٢١٠١٦- فى وصايا " المنتقى " : رجل مات وعليه ديون، وترك ابنًا، وقد كان اشترى عبدًا فى حياته، ولم يقبضه، ولم ينقد الثمن، فقضى ابنه البائع الثمن، وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص، رواه ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله قال : وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به، وصورة مسألة الرهن رجل مات وعليه ديون، وببعض الدين رهن، فقضى بعض الورثة دين الغريم الذى بدينه رهن وافتك الرهن، فإنه يكون بينه وبين الغرماء، ولا يكون الوارث الذى قضى الدين أولى به من بقية الغرماء .

٢١٠١٧- من قضى دين غيره بغير أمره يخرج المقضى به من ملك القاضى إلى ملك المقضى له من غير أن يدخل فى ملك المقضى عنه، ألا ترى أن قضاء الدين عن الميت صحيح مع أن الميت ليس من أهل الملك ابتداء، ومن قضى دين غيره بسبب، فعند ارتفاع السبب يعود المقضى به إلى ملك القاضى، إن قضاه بغير أمر المقضى عنه، وإن قضاه بأمر المقضى عنه، يعود إلى ملك المقضى عنه ؛ لأن الأصل عند ارتفاع السبب أن يعود المقضى به إلى ملك القاضى إلا أن القضاء بأمر المقضى عنه، فالقاضى استحق البدل عليه، فلو قلنا : إنه يعود إلى ملك القاضى بعد ارتفاع السبب يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد، وإنه لا يجوز، هذا المعنى معدوم فيما إذا قضى بغير أمره ؛ لأن القاضى فى هذه الصورة لا يستحق المبدل على المقضى عنه، فيرد الأصل، وعن هذا قلنا : إن من يقضى الثمن عن المشترى تطوعًا، ثم انفسخ البيع، يعود الثمن إلى ملك القاضى، ولو كان

قضى عن المشترى بأمر المشترى، ثم انفسخ البيع، يعود الثمن إلى ملك المشترى.

٢١٠١٨- إذا مات الرجل وعليه ديون كثيرة، فجاء رجل عند القاضى، وأقر أن للميت عليه كذا كذا من الدراهم أو الدنانير، فأمر القاضى المقر بأداء ما عليه إلى غريم الميت، صح أمره، وإذا دفع، برئ عن دين الميت؛ لأن للقاضى ولا ية قضاء دين الميت، وإنما أمره بما هو داخل تحت ولايته، فصح الأمر، وصح الدفع بناء عليه، ولو أن هذا المقر قضى دين الميت عليه بغير أمر القاضى، حكى فتوى شمس الأئمة السرخسى أن القضاء صحيح، وسقط عنه دين الميت.

٢١٠١٩- وفى آخر كفالة "الجامع" من شرح شيخ الإسلام: مديون الميت إذا قضى دين الميت إلى غريم له على الميت دين كان ذلك مملوكًا لغريم الميت الذى له على الميت دين.

٢١٠٢٠- وفى الفتاوى إذا مات الرجل وعليه دين ألف درهم وله مكاتب مكاتبته ألف درهم، فأدى المكاتب مكاتبته إلى غريم المولى قضاء عما له على مولاه بغير أمر الوصى، جاز استحسانًا، قال: وهو بمنزلة ما لو كان للميت وديعة عند إنسان ألف درهم وعلى الميت لرجل ألف درهم، فدفع المودع الألف إلى غريم الميت، وقال: هذه الألف مال فلان الميت عندى أديت إليك قضاء عن دينك عليه جاز.

٢١٠٢١- وفى الفتاوى أيضًا: رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وعلى المودع لرجل ألف درهم دين، دفع المودع الوديعة إلى غريم المودع قضاء عن دينه، وكان ذلك بغير إذن المودع، فللمودع الخيار إن شاء أجاز القضاء، ولا شى له على المودع، وإن شاء، ضمن المودع، فيأخذ منه ألف، وسلم المؤدى لرب الدين؛ لأن المودع ملك الوديعة بأداء الضمان سابقًا على الدفع إلى الغريم، وتبين أنه قضى دين الغير من ماله بغير أمره، فيكون متبرعًا، وأشار محمد رحمه الله فى فى كالة "الأصل" إلى أن المودع ضامن بدفع الوديعة إلى غريم صاحب الوديعة، وصورة ما ذكر فى كتاب الكفالة دفع إلى رجل ألف درهم، وقال له: اقض بها ما وجب لفلان على من الدين، ولا تدفعها إلا بمحضر من فلان، فدفعها إليه بغير محضر من فلان كان ضامنًا، ألا ترى أن محمداً رحمه الله ضمن الوكيل الدراهم مع أن الدراهم أمانة فى يده، وقد دفعها إلى غريم صاحب الأمانة.

الفصل الثالث
فى الرجل المديون يدفع إلى غيره مالا وأمره أن يقضى بها دينه

٢١٠٢٢- ذكر هشام فى "نوادره" عن محمد رحمه الله: رجل دفع إلى رجل ألف درهم، وأمره أن يعطيها غريمه، فأعطاه المأمور غيرها من عنده، أو باعه بها ثوبًا، أو كان للمأمور عليه دين ألف درهم، فجعلها قصاصًا بها، فهذا كله جائز، قال هشام: يعنى لا يكون متطوعًا فيما أدى، وإذا دفع إليه غلامًا، وقال: بعه، وأعطِ فلانًا ثمنه قضاء له بما علىّ، فأعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل أن يبيعه قضاء مما له على رب الغلام، فهو متطوع، وعلى هذا إذا دفع المديون إلى رجل مالا ليقضى دينه، وقال للمدفوع إليه: ادفع هذا إلى رب دينى فلان قضاء مما له علىّ، وخذ الصك، فدفع، ولم يأخذ الصك لا يضمن، ولو قال: لا تدفع هذا المال حتى تأخذ الصك، أو قال: ما لم تأخذ الصك، فدفع قبل أخذ الصك ضمن.

وعلى هذا: المشترى إذا دفع ثمن ما اشترى إلى رجل ليدفع إلى بائعه، وذكر أخذ الصك، فهو على ما ذكرنا من الوجهين، ولو قال: لا تدفع إلا بمحضر من فلان، فدفع بغير محضر منه ذكر فى "الأصل": أنه ضامنه، قيل: هذا إذا كان الرجل رفيع القدر يحتشم الناس مخالفته، فأما إذا كان وضيع القدر لا يحتشم الناس مخالفته، فلا ضمان؛ لأن الآمر شرط شرطًا لا يفيد من كل وجه.

٢١٠٢٣- وفى الفتاوى: سئل الفقيه أبو بكر رحمه الله عن المديون إذا بعث بالدين على يدى رجل، فجاء به إلى الطالب، وأخبره بذلك فرضى به[1]، وقال للذى جاء بالمال: اشتر لى به شيئًا، فذهب، واشترى ببعضه شيئًا، وهلك الباقى، قال: قد قيل:

---

(١) وكان فى ظ وف "فهى به" معناه واحد.

إنه يهلك من مال المطلوب، وقد قيل: إنه يهلك من مال الطالب، قال رحمه الله: وهو الصحيح وعلل، فقال: لأنه أمره بشراء شيء به، فكأنه قبضه، والصحيح من العلة أن يقال: الرضاء بقبضه فى الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض فى الابتداء، وهذه العلة تشير إلى أن الإجازة تلحق بالأفعال، وهو الصحيح -والله أعلم-.

الفصل الرابع
فى المديون إذا دفع ماله إلى رجل بجهة قضاء الدين رجاء أن يجيز رب الدين قبضه

٢١٠٢٤- ذكر فى "المنتقى" برواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله : رجل له على رجل مال، فجاء رجل إلى المديون، وقال : ادفع ما لفلان عليك من الدين إلىّ، فإنه سيجيز بقبضى وما وكلنى بقبضه، فدفعه إليه ما لفلان عليه، ثم أجاز الذى له المال ذلك، فإن كان المال فى يدى القابض جاز إجازته، وإن كان المال ضاع من يده، ثم أجاز رب الدين قبضه لا تعمل إجازته، وإن كان المال قائمًا فى يد القابض، فقال الطالب : أجزت قبضه، وقال المطلوب : لاأجيز ذلك، ونهى المدفوع إليه الدفع إلى الطالب ليس للمطلوب ذلك، والقبض جائز.

٢١٠٢٥- رجل له على رجل ألف درهم، فأتاه رجل، وقال : اقبض ما لفلان عليك، فإنه سيجيز، وقبضى وما وكلنى به، فدفع الغريم الألف التى لفلان عليه مع علمه أنه ليس بوكيل فى القبض، فالمال فى يد المدفوع إليه بمنزلة الوديعة من الدافع إن أراد قبضه قبل أن يقدم الغائب، فله ذلك، وإن ضاع من يد المدفوع إليه كان من مال الدافع، ولم يكن على القابض فى ذلك ضمان.

٢١٠٢٦- وكتب فى "شرح الزيادات" فيمن قال لغيره : لفلان على كذا كذا من المال، فاقبضه منى لعل هو يجيز قبضك، فقبضه منه، ثم أراد الدافع استرداد ذلك منه ليس له ذلك.

٢١٠٢٧- قال فى "المنتقى" : إن قدم الطالب قبل أن يضيع المال من يد القابض، وأجاز الطالب القبض، فالمال ساعة الإجازة للطالب، ولا يحتاج القابض إلى أن يقبض المال للطالب بعد إجازته، وذلك قبضًا جديدًا، أو صار كأنه كان وكيلا قبض المال للطالب، وهذا نظير رجل باع عبد رجل من رجل بغير أمر مولى العبد، وقال

للمشترى : اشتر منى عبد فلان بكذا، وإنه لم يوكلنى ببيعه، ولكنى أرجو أن يجيز ذلك، فاشتراه المشترى على ذلك، ودفع إليه الثمن، فقبضه البائع، ووضعه عنده، ثم أجاز مولى العبد البيع، فهو جائز، ويصير ذلك الثمن لمولى العبد ساعة إجازة البيع، ولو ضاع الثمن من يد البائع قبل أن يجيز مولاه البيع، فلا ضمان فيه للمشترى على البائع؛ لأن الثمن عنده كان بمنزلة الوديعة للمشترى، فإن أجاز مولاه البيع بعد ذلك لم يجز، ولا يكون له أن يرجع على المشترى بالثمن، ولا يكون له أن يضمن البائع.

الفصل الخامس
فى المديون إذا أمر غيره أن يقضى دينه
ثم إن المديون يقضى الدين بنفسه

٢١٠٢٨- فى كتاب الأقضية روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: فى رجل أمر رجلا أن يدفع إلى فلان ألفًا عليه، ثم قضى الآمر الطالب مالا، فدفع المأمور الألف بعد ذلك إلى الطالب، فإن الدافع يرجع بما دفع على القابض، ولا يرجع به على الآمر، فقد أثبت العزل بدفع الموكل حتى لا يثبت له حق الرجوع عليه، ولم يشترط علم المكفول بدفع الآمر، وذكر هذه المسألة فى كتاب الوكالة وشرط العلم بدفع الآمر لصيرورة المأمور معزولا، وجه ما ذكر فى الأقضية أن هذا عزل حكمى وليس بقصدى؛ لأنه ما صرح بعزله إنما تصرفه فى الأداء، والأداء تصرف فى المؤدى، وليس بتصرف فى التوكيل إلا أن الوكيل ينعزل لضرورة فوت المأمور به، وهو إسقاط الدين عن ذمته بالدفع، ولا يتصور ذلك بعد ما سقط عنه، فهو معنى قولنا: إن هذا عزل حكمى، فلا يتوقف على العلم، وجه ما ذكر فى كتاب الوكالة: أن عزل المأمور لم يثبت بدفع الآمر؛ لأنه يوجبه من طريق الحكم، ولكنه منع له عن الدفع لعدم الفائدة، بيانه أن طريق قضاء الدين أن يصير المؤدى مضمونًا على رب الدين، ولرب الدين على المديون مثله، فيلتقيان قصاصًا، ويتصور وجود القبض المضمون بعد دفع الموكل، وكان المأمور به وهو جعل المقبوض مضمونًا على القابض متصوراً، فلم يكن من ضرورته عزله، ولكن به منعه عن الدفع؛ لأن الأمر بالدفع يتقيد إلى حين فراغ ذمته دلالة، وقد فرغت ذمته من الدين بالدفع، وكان هذا بمنزلة العزل القصدى، فيتوقف على العلم، قال فى الأقضية: وإن قام بينة يعنى المأمور على أنه كان قضاه بعد الأمر قبل أداء الآمر، فللدافع أن يرجع بماله إن شاء على القابض، وإن شاء على الآمر -والله أعلم-.

الفصل السادس

فى المأمور بقضاء الدين إذا قال: قد قبضت وصدقه الآمر فى ذلك وكذبه رب الدين

٢١٠٢٩- قال محمد رحمه الله فى "الجامع": إذا أمر الرجل غيره أن يقضى دينه عنه، فقال المأمور بعد ذلك للآمر: قد قضيت، وارجع بذلك عليه، وصدقه المديون، وقال رب الدين: ما قبضت، فالقول قول رب الدين مع يمينه لإنكاره القبض حتى كان له أن يرجع على المديون بدينه، ولا يرجع المأمور على الآمر بشىء وإن صدقه فى القضاء؛ لأن القضاء لم يثبت لما حكمنا برجوع رب الدين على المديون بدينه، فإن جحد الآمر القضاء أيضًا، وأقام المأمور بينة على القضاء، ورب الدين غائب، قبل بينته، وقضى على الآمر بالمال؛ لأنه يدعى لنفسه حقًا على الآمر، فيكون خصمًا فى إثبات سببه، ويكون الآمر منكر لحقه، فيكون خصمًا فى إنكار سببه، ويكون ذلك قضاء على الغائب بالقبض حتى لو حضر، وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره؛ لأن الحاضر انتصب خصمًا، فيدفع القضاء إليه.

قال محمد رحمه الله فى "الجامع" عقيب ذكر هذه المسألة وكذلك الكفيل على هذا يريد به إذا كفل رجل عن رجل بأمر المكفول عنه، فقال الكفيل بعد ذلك: قضيت صاحب المال ماله، وصدقه المكفول عنه فى ذلك، وكذبه صاحب المال، وحلف، وأخذ ماله من المكفول عنه، ولم يرجع الكفيل على المكفول عنه؛ لما قلنا، ولو أن الآمر جحد القضاء أيضًا، فأقام بينة أنه قضاه صاحب المال، رجع المأمور على الآمر؛ لأن الثابت من القضاء بالبينة كالثابت من القضاء عينًا، وتقبل هذه البينة على الطالب أيضًا، وإن كان الطالب غائبًا لو كان الآمر حاضرًا، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

ومما يتصل بهذا الفصل:

٢١٠٣٠- ذكر في كتاب الأقضية: رجل ادعى على رجل أن له على فلان ألف درهم، وأن فلانًا أمر هذا أن يدفعها إلى من هذه الألف الوديعة التي عنده، وجحد المودع الآمر بذلك، وأقام المدعي بينة على الألف الوديعة والأمر بالدفع إليه، وقضى القاضي عليه يكون ذلك قضاء على الغائب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

الفصل السابع
فى الرجل يأمر غيره بدفع المال إلى غيره فيرجع المأمور على الآمر بذلك أو لا يرجع

٢١٠٣١- قال محمد رحمه الله فى "الأصل": إذا قال الرجل لغيره: انقد فلانًا عنى ألف درهم، أو قال: اقض، أو قال: أعطِ، وذكر عنى فى هذه الألفاظ، فهذا كله من الآمر إقرار بالدين، فإذا فعل المأمور ذلك، كان له أن يرجع على الآمر بما دفع، وكذا إذا لم يقل عنى، لكن قال: الألف التى له علىّ، كان إقراراً من الآمر بما دفع، ويرجع المأمور بما أدى على الآمر، وإن لم يشترط الرجوع والضمان.

فرق بين هذا وبينما إذا قال لآخر: أدّ عنى زكاة مالى، أو قال: أطعم عنى عشرة مساكين عن كفارتى، أو قال: تصدق عنى بعشرة دراهم على المساكين، أو قال: هب فلانًا ألف درهم، ففعل ذلك لا يرجع المأمور على الآمر إلا بشرط الرجوع، أو بشرط الضمان، والوجه فى ذلك أن الأمر طلب التمليك من المأمور فى الوجوه كلها بما أمره أن يقضى عنه، ويؤدى عنه؛ لأنه لا يكون قاضيًا عن الآمر إلا وأن يكون المقضى به ملكًا للآمر إلا أن الملك للآمر إنما يثبت فى ضمن ملك القابض، فمتى يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك الملك، وإذا ثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل يثبت للآمر مثل ذلك، وفى قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل؛ لأنه يملكه بالمثل حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد منه المقبوض، فيثبت للأمر ملك مضمون بالمثل، وليس له إلا القرض، وفى باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لازكاة عليه لا يسترد من الفقير ما قبضه، فيثبت للقابض مثل ذلك، وإذا ثبت الملك للآمر فى الموضعين جميعًا مثل ما يثبت للقابض ثبت الفرق بينهما.

ثم إن محمداً رحمه الله سوى فى فصل الدين بين قوله: اقض فلانًا عنى وبين قوله: أعطِ فلانًا عنى، ومن الناس من طعن على محمد رحمه الله، فقال: يجب أن

يكون الجواب فى قوله : أعطِ فلانًا عنى نظير الجواب فى قوله : هب فلانًا عنى حتى لايكون للمأمور حق الرجوع على الآمر إلا بالشرط ؛ لأن الهبة والعطية سواء، والجواب أن الهبة لا تستعمل فى قضاء الدين، لا يقال : وهب فلان فلانًا دينه إذا قضاه، وإنما يستعمل للتمليك بغير بدل وهو قضاء الدين، يقال : فلان أعطى فلانًا دينه إذا قضاه، وإذا كان المراد قضاء الدين لا يزول ملك المأمور عن المدفوع بغير بدل، وإن كان المراد العطية يزول ملك المأمور عن المدفوع ببدل، فلايزول ملكه عن المدفوع بغير بدل بالشك .

ولو قال : انقده ألف درهم على أنى ضامن لها، أو على أنى كفيل، أو على أنها لك على و قبلى، أو عندى كان هذا إقرارًا، وكان للمأمور أن يرجع بما قضى على الآمر، ويستوى فى حق الرجوع المأمور على الآمر أن يكون المأمور نقد الدراهم، أو نقد لها مائة دينار، أو باعه بها جارية، أو غير ذلك ؛ لأنه أوفاه ألف درهم بالمقاصة ؛ لأن بالبيع يجب الثمن للمأمور فى ذمة الآمر، ثم المأمور يجعلها قصاصًا بالألف التى للطالب على الآمر فيعتبر بما لو أوفاه باليد .

وذكر الحسن فى كتاب الاختلاف : إذا قال لغيره : اضمن لفلان الألف التى له علىّ، فضمنها له، ثم أداها، قال زفر رحمه الله : هو متطوّع، ولا يرجع على الآمر بشىء إلا أن يكون خليطًا له، قال : وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله : يرجع بها على الآمر، وإن لم يكن خليطًا له، ولو قال : عنى يرجع بها عليه، ولو قال : اقضه الألف التى له علىّ، فهذا مثل قوله : اضمن له .

ولو قال الآمر : ادفع فلانًا ألف درهم قضاء له، ولم يقل : عنى، أو قال : اقض فلانًا ألف درهم، ولم يقل : عنى، ولا قال : على ولا قال : إنى ضامن لها على أنى كفيل بها على أنها لك علىّ، فدفعها المأمور إلى فلان، فإن كان المأمور شريكًا للآمر، أو كان خليطًا له، وتفسير الخليط أن يكون المأمور فى السوق بينهما أخذ وإعطاء، وبينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله أو وكيله يبيع منه، أو يعرض منه، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع، وكذ إذا كان المأمور بعض من فى عيال الآمر أو كان المأمور يعول الآمر فإنه يرجع على الآمر بالإجماع، وإن كان لم يوجد شىء من هذه الأشياء الثلاثة، فالمأمور لا يرجع على الآمر عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعن أبى يوسف رحمه

الله يرجع .

ولو قال لغيره : أنفق عليّ، فأنفق، رجع على الآمر وإن لم يشترط الرجوع، فى أول لقيط شمس الأئمة السرخسى، وكذا إذا قال لغيره : أنفق على أولادى، فأنفق، كان له أن يرجع عليه، وإن لم يشترط الرجوع، وذكر ظهير الدين فى شرح كتاب الأقضية : أن فى الأمر بالإنفاق وأداء الخراج والصدقات الواجبة، وأشباه ذلك لا يوجب الرجوع إلا بالشرط إلا رواية عن أبى يوسف رحمه الله هذا .

ذكر فخر الإسلام فى "شرح الجامع" فى باب متصل بأبواب القضاء إذا دفع رجل إلى رجل مالا، وقال : جاهد به فى سبيل الله، أو قال : حج به، أو قال : أنفق على نفسك، أو قال : على عيالك، فهو قرض إلا أن ينوى الصلة، فى "السير الكبير" وفى "شرح السير" : إذا دفع إلى رجل، وقال : أنفقها على نفسك، أو قال : على عيالك، فهو قرض .

٢١٠٣٢- وفى باب الجنين أبو يوسف رحمه الله يقول : إن قوله : اقض فلانًا، ادفع فلانًا قضاءً كلام محتمل يحتمل اقض عن أجنبى، ويحتمل اقض عنك إلا أنا لو حملناه على قوله : اقض عنى صح هذا الأمر من كل وجه؛ لأنه يكون أمرًا بدفع ملكه؛ لأن ما قضاءه يصير مملوكًا للآمر أولا[1]، ثم يصير المأمور دافعًا ملكه، والأمر بالتصرف فى ملكه صحيح من كل وجه، ومتى حمل على قوله : عنك، أو عن أجنبى إن كان يصح هذا الأمر من حيث أمر بما هو جنسه، ومعروف لا يصح من حيث إن الأمر يلاقى ملك الغير، فيجب تصحيح كلام العاقد ما أمكن، فحمل على قوله : عنى، ولو كان صرح بقوله : عنى، أليس أنه يرجع عليه بما أدى، فكذا ههنا .

ولهما أن هذا الكلام محتمل فى نفسه، فإن كان المراد اقض عنى يثبت حق الرجوع، وإن كان المراد اقض عنك، أو عن أجنبى، لا يثبت حق الرجوع، فلا يثبت حق الرجوع بالشك، وما يقول : إنه يحتمل عنى قلنا : قوله : عنى ليس مذكور أو غير المذكور إنما يجعل مذكوراً إذا لم يكن للكلام صحة بدونه أصلا، وههنا الكلام صحيح، وإن كان المراد منه عنك أو عن أجنبى من حيث إن هذا أمر بما هو معروف وجنسه، وليس

---

(١) وفى ظ "لأن أقضى مملوك للآمر أولا".

كما لو كان شريكًا له أو خليطًا، أو كان في عياله؛ لأن الخلطة[1] سبب استعانة كل واحد منهما بصاحبه، والشركة كذلك، فإن المعتاد أن كل واحد منهما يستعين من صاحبه في الدين من مال الشركة حتى يجب من مال الشركة، وكذا المعتاد أن يستعين كل إنسان ممن يعوله في قضاء دينه من ماله، وإنما يصير مستعينًا إذا حمل على القضاء عنه، والأجير الخاص وهو الذي استوجر مشاهرة أو مسانهة بمنزلة من في عياله.

ولو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم، ولم يقل: قضاء له، والمأمور ليس بخليط له، ولا شريك له، فدفع لا شك أنه لا يرجع على الآخر في قول أبي حنيفة رحمه ومحمد رحمه الله كما في المسألة الأولى، إلا أن الفرق بين المسألتين على قولهما: إن في المسألة الأولى لا يكون للدافع استرداد ما دفع من القابض؛ لأن في المسألة الأولى الدفع حصل بطريق القضاء، والدفع متى حصل بطريق القضاء لا يكون للدافع ولاية الاسترداد، وفي المسألة الثانية الدفع ما حصل بطريق القضاء؛ لأن الدفع حصل بحكم الآمر، والأمر يتناول مجرد الدفع، والدفع قد يكون بحكم القضاء، فلا يكون للدافع حق الاسترداد، أو قد يكون بحق الإيداع، والإيداع أدنى، فحمل عليه، فيكون له الاسترداد، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله: فقد اختلف المشايخ فيه: بعضهم قالوا: يرجع على الآمر، بعضهم قالوا: لا يرجع على الآمر، وقال بعضهم: يرجع على القابض، ولا يرجع على الآمر.

---

(١) هكذا في ظ، وكان في غيرها "لأن الخليطة".

الفصل الثامن
فيما يجرى بين رب الدين وورثة المديون

٢١٠٣٣- غريم الميت إذا وهب الدين للوارث صح؛ لأنه وهب لمن عليه الدين معنى حتى لو رد الوارث الهبة، فقد قيل: يرتد عند أبى يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله: لايرتد، وقيل: الخلاف فيما إذا وهب الدين للميت، فردها الوارث، أما فى هذه الصورة يرتد بلاخلاف، وإذا وهب غريم الميت الدين لبعض ورثة الميت، فالهبة لهم كلهم، كما مر فى أول وصايا "المحيط": إذا مات من عليه الدين، وسأل وارثه صاحب المال أن يؤجل المال وأجله لايجوز، هذا التأجيل هكذا ذكر الخصاف فى كتاب الحيل، بعض مشايخنا قالوا: ما ذكر الخصاف قول محمد رحمه الله، أما على قول أبى يوسف رحمه الله: ينبغى أن يصح التأجيل، وردوا هذه المسألة إلى مسألة مذكورة فى كفالة "الأصل"، صورتها غريم الميت إذا أبرأ الميت عن الدين، فرده وارثه، على قول محمد رحمه الله: لا يصح رده؛ لأن الدين ليس عليه، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يصح؛ لأنه هو الطالب بالدين، فلما عمل رد الوارث عند أبى يوسف رحمه الله، وجعل كأنه الدين عليه، يجب أن يعمل تأجيل رب الدين على الوارث، ويجعل كأن الدين على الوارث، والصحيح أن ما ذكر الخصاف قول الكل؛ لأن الأجل فى حقه يثبت صفة الدين، ولا دين على الوارث، فلا يثبت الأجل فى حقه، فبعد هذا إما أن يثبت الأجل للميت، أو يثبت الأجل فى المال لا وجه إلى الأول؛ لأن الدين سقط عن ذمة الميت بالموت، توضيحه: أن الأجل الثابت لهذا الشخص يسقط بالموت، فكيف يثبت له الأجل ابتداء، ولا وجه إلى الثانى؛ لأن المال عين، والأعيان لا تقبل التأجيل.

الفصل التاسع
فى الإقراض والاستقراض

هذا الفصل يشتمل على أنواع :

نوع فى بيان ما يجوز استقراضه وما لا يجوز:

٢١٠٣٤- قال محمد رحمه الله : وكل شيء يكال لو يوزن نحو الحنطة والشعير والسمسم والتمر والزبيب جاز استقراضه، والأصل فيه أن ما كان من ذوات الأمثال ويكون مضمونًا على الغاصب والمستهلك بالمثل جاز استقراضه؛ لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان، فما يكون من ذوات الأمثال نحو المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة يمكن اعتبار المماثلة المشروطة فى القرض فيه، فيجوز استقراضه، وما لايكون من ذوات الأمثال نحو الحيوانات واللآلئ والجواهر والأكارع والرؤوس لا يجوز استقراضه؛ لأن طريق معرفة القيمة فيها الحرز به، ولا تثبت المماثلة المعتبرة فى القرض وهى المماثلة من غير زيادة ولا نقصان كما لا تثبت المماثلة المشروطة فى الأموال الربوية، وكذا استقراض الثياب لا يجوز؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال حقيقةً، وإنما صارت من ذوات الأمثال شرعًا فى باب السلم حتى جاز السلم فيها بشرط مخصوص، وهو الأجل، والأجل لا يثبت فى القرض، فلم يكن من ذوات الأمثال ههنا لا حقيقة ولا شرعًا.

٢١٠٣٥- وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز إقراض الخبز واستقراضه عددًا ووزنًا، وقال أبو يوسف رحمه الله : مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله فى رواية، وعن ابن أبى مالك عن أبى يوسف رحمه الله : أنه لا بأس به وزنًا، قال ابن أبى مالك : وهذا قوله المعروف، وذكر فى بعض المواضع أن على قول محمد رحمه الله : يجوز عددًا ولا يجوز وزنًا.

وفى "المنتقى" عن محمد رحمه الله : أنه جوز قرض الخبز عدداً، وقد بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعى، قال محمد رحمه الله : الوزن فى قرض الخبز من الدناءة، والعدد أحب إلى، ويجوز استقراض الخبز كيلا ؛ لأنه يكال مرة، ويعد مرة، ولهذا جاز السلم فيه كيلا، ويجوز استقراض الكاغذ عدداً ؛ لأنه عددى متفاوت، وكذا يجوز استقراض الباذنجان عدداً ؛ لأنه عددى متقارب.

٢١٠٣٦- وفى "نوادر هشام" عن محمد عن أبى يوسف رحمهما الله : أنه لا خير فى قرض الحنطة والدقيق بالوزن، وكذا التمر، وإن كان حيث يوزن، قال هشام : قلت لمحمد رحمه الله : التمر عندنا بالرى يباع وزنًا، فما تقول : فيمن أقرضه بالوزن؟ قال : لايصح ذلك ؛ لأن أصله كيلى، وعن محمد رحمه الله أيضًا : أنه قال : لا تجوز الحنطة أن يقرض وزنًا، فإن أخذها، وأكلها قبل أن يكتاله، فالقول قول المستقرض : إنه كذا قفيزاً.

٢١٠٣٧- وعن إبراهيم عن محمد رحمه الله : رجل أقرض رجلا عشرة أرطال لحم غنم، قال : هو جائز، وإنه مشكل ؛ لأن اللحم من ذوات القيم على مذهبه حتى إن من أتلف على إنسان لحمًا ضمن قيمته، ذكره فى بيوع "الجامع"، وذكر فخر الإسلام فى "شرح كتاب الجامع" : أن اللحم من ذوات الأمثال، قال : وتأويل ما ذكر محمد رحمه الله : أنه يضمن بالقيمة، إنه قال : ذلك فى موضع لا يوجد له مثل، فعلى ما ذكر هو يرتفع الإشكال، وذكر بعض مشايخنا فى "شرح الجامع الصغير" : أن اللحم من ذوات الأمثال يضمن بالمثل ضمان العدوانات، ويجرى فيه الربا، وإليه أشار الطحاوى فى كتابه حيث قال : كل ما كان موزونًا، فهو مثلى، وذكر صاحب "الإيضاح" : أنه مضمون بالمثل، وفى غصب "المنتقى" عن أبى حنيفة رحمه الله : أنه مضمون بالقيمة، وبعض مشايخنا قالوا : إن استقراض اللحم على الخلاف كالسلم.

وإذا اشترى شيئًا بلحم فى ذمة، ذكر فى الإجارات : أن اللحم يصلح أجرة، فيصلح ثمنًا، وقيل : ما ذكر فى الإجارات قولهما لا قول أبى حنيفة رحمه الله، وقيل : هو قول الكل.

٢١٠٣٨- قال محمد رحمه الله فى الجامع : إذا كانت الدراهم ثلثها فضة وثلثاها صفراً، فاستقرض رجل منها عدداً وهى جارية فيما بين الناس عدداً بغير وزن، فلا

بأس به، وإن لم تجر فيما بين الناس إلا وزنًا لم يجز استقراضها إلا وزنًا؛ لأن الصفر متى كان غالبًا، كان العبرة للصفر، وتكون الفضة ساقطة الاعتبار لكونها مغلوبًا، فالصفر ما ثبت كونه موزونًا بالنص، وما لم يثبت كيله ووزنه بالنص، فالعبرة في ذلك للتعامل، فمتى تعامل الناس بيعه وزنًا كان موزونًا، فلا يجوز استقراضه إلا عددًا، فقد أسقط محمد رحمه الله اعتبار الفضة في القرض متى كانت مغلوبة، ولم تسقط في حق جواز البيع حتى قال: لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا على سبيل الاعتبار، وإنما كان كذلك؛ لأن القرض أسرع جوازًا من البيع؛ لأنه مبادلة صورة تبرع حكمًا، لأن رد المثلي في القرض قائم مقام رد العين حكمًا، ولهذا جاز استقراض الفضة، ولو كان صرفًا كان صرفًا بنسيئة، وذلك لا يجوز، فعلم أنه تبرع حكمًا، والربا إنما يتحقق في البيع لا في التبرع، فاعتبر الفضة المغلوبة في البيع دون القرض لضيق حال البيع وسعة حال التبرع، ولتظهر مزية البيع على القرض.

فإن كانت الدراهم ثلثاها فضة، وثلثها صفرًا لا يجوز استقراضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس التبايع بها عددًا؛ لأن الفضة إذا كانت غالبة كانت بمنزلة ما لو كان الكل فضة، لكنها زيف، ولو كان كذلك لا يجوز استقراضها إلا وزنًا، وإن تعامل الناس التبايع بها عددًا، كذا ههنا، وإن كانت الدراهم نصفها فضة ونصفها صفرًا، لم يجز استقراضها إلا وزنًا على كل حال؛ لأنه لم يسقط اعتبار واحد منهما؛ لأن ذلك إنما يكون حال كونه مغلوبًا ولم يوجد، فوجب اعتبارهما، وإذا وجب اعتبارهما، لم يجز الاستقراض في الفضة، فيبطل في الصفر ضرورة.

نوع منه
في بيان ما يكره من القرض وما لا يكره:

٢١٠٣٩- ذكر محمد رحمه الله في كتاب الصرف عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه كان يكره كل قرض جرّ منفعة، قال الكرخي: هذا إذا كان المنفعة مشروطة في العقد، وذلك بأن أقرضه غلة ليرد عليه صحاحًا، أو ما أشبه ذلك، وإن لم يكن مشروطًا في العقد، فأعطاه المستقرض أجود مما عليه، فلا بأس به، وكذا إذا أقرض الرجل رجلا

دراهم أو دنانير ؛ ليشترى المستقرض من المقرض بعد القرض متاعًا بثمن غالٍ ، فهو يكره ، وإن لم يكن شرى المتاع مشروطًا فى القرض ، صحّ ، ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض بثمن غالٍ ، فعلى قول الكرخى : لا بأس به ، وذكر الخصاف رحمه الله فى كتابه : لا أحب له ذلك ، وذكر شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله : أنه حرام ؛ لأن هذا قرض جرّ منفعة ؛ لأنه يقول : لو لم أشتر منه طالبنى بالقرض فى الحال .

ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الصرف : أن السلف كانوا يكرهون ذلك إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة ، وإنما قال : لا أحب له ذلك ، فهو قريب من الكراهة ، لكنه دون الكراهة ، ومحمد رحمه الله لم يرَ بذلك بأسًا ، فإنه قال فى كتاب الصرف : المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئًا لا بأس به من غير فصل ، فهذا دليل على أنه رفض قول السلف قال شيخ الإسلام : ما نقل عن السلف ، فذلك محمول على ما إذا كانت المنفعة ، وهو شراء المتاع فى مسألتنا بثمن غالٍ مشروطة فى الاستقراض ، وذلك مكروه بلا خلاف ، وما ذكر محمد رحمه الله محمول على ما إذا لم تكن المنفعة ، وهو الإهداء مشروطة فى القرض ، وذلك لا يكره بلاخلاف .

هذا إذا تقدم الإقراض على البيع ، فأما إذا تقدم البيع على الإقراض ، وصورة ذلك : رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار ، فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبًا قيمته عشرون دينارًا بأربعين دينارًا ، ثم أقرضه ستين دينارًا حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار ، وحصل للمستقرض ثمانون[1] دينارًا ، ذكر الخصاف : أن هذا جائز ، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ ، فإنه روى : أنه كان له مبلغ ، فإذا استقرض إنسان منه شيئًا يبيعه أولا سلعة بثمن غالٍ ، ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته ، وكثير من مشايخ زماننا كانوا يكرهون ذلك ، وكانوا يقولون : هذا قرض جر منفعة ، فإنه لولا ذلك القرض كان لا يتحمل المستقرض على ثمن الثوب ، فكان قرضًا جرّ منفعة ، ومن المشايخ من قال : إن كانا فى مجلس واحد يكره ، وإن كانا فى مجلسين مختلفين لا بأس به ؛ لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ، فكأنهما واحد معنى ، فكانت المنفعة مشروطة فى القرض ، وكان شمس الأئمة الحلوانى يفتى بقول الخصاف ،

(١) وفى ظ "ثلاثون".

وبقول محمد بن سلمة، ويقول : ليس هذا بقرض جرّ منفعة، بل هذا بيع جرّ منفعة وهى القرض.

نوع منه

فى هدية المستقرض ودعوته:

٢١٠٤٠- إذا كانت الهدية مشروطة فى الاستقراض، فهو حرام، ولا ينبغى للمقرض أن يقبل، وإذا لم تكن الهدية مشروطة فى الاستقراض، وعلم أنه أهدى إليه لا لأجل القرض، فإنه يقبل، وإذا لم تكن مشروطة فى الإقراض، ولم يعلم أنه أهدى لأجل الدين أولا لأجل الدين، ذكر شيخ الإسلام : أنه لا بأس لقبولها والتبرع عنها أولى، وهكذا حكى عن بعض المشايخ، بعد هذا قالوا : إذا كانت المهاداة تجرى بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصدقة، أو كان المستقرض معروفًا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أعطاه لا لأجل الدين، فلا يتورّع عنه، وإن لم يكن شىء من ذلك، فالحال حالة الإشكال، فيتورّع عنه حتى ينصّ أنه أهدى لا لأجل الدين، ومن قال بالكراهة فى مسألة البيع إذا تقدم القرض على البيع يقول : بالكراهة ههنا أيضًا، ومحمد رحمه الله لم يرَ به بأسًا من غير تفصيل.

٢١٠٤١- جئنا إلى الدعوة، قال محمد رحمه الله : ولا بأس أن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام : هذا جواب الحكم، فأما الأفضل : فالتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال، قال شمس الأئمة الحلوانى : هذا إذا كان لا يدعوه قبل الإقراض، أو كان يدعوه قبل الإقراض فى كل عشرين يومًا، وبعد الإقراض جعل يدعوه فى كل عشرة أيام، أو زاد فى الباجات، فإنه لا يحل، ويكون خبيثًا.

نوع آخر
فى الرجحان فى بدل القرض:

٢١٠٤٢- وإذا رجح فى بدل القرض، ولم يكن الرجحان مشروطًا فى القرض لا بأس به، وروى: "أن رسول الله ﷺ استقرض من رجل دراهم، فقضاه وأرجح، وقال: أنا كذلك ترك"، قال مشايخنا: والرجحان على ضربين إن كان يدخل تحت الوزنين، فلابأس به، وإن كان لا يدخل تحت الوزنين، فهو على ثلاثة أقسام: إما أن كانت الدراهم مكسرة، أو كانت صحيحة لا يضرها الكسر، أو كانت صحاحًا يضرها الكسر، ففى الوجه الأول والثانى: لايجوز؛ لأنه تعذر اعتبارها زيادة[1] على بدل القرض؛ لأنه يكون ربا، وتعذر اعتبارها هبة؛ لأنها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وفى الوجه الثالث: إن كان الرجحان زيادة يمكن تميزها بدون الكسر بأن كان يوجد فيها دراهم خفيفة يكون مقدار الزيادة لا يجوز، وإن كان الرجحان زيادة لا يمكن تميزها إلا بالكسرة يجوز بطريق الهبة، ويكون هذا هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة.

نوع آخر
فى تفسير[2] المستقرض وانقطاعه:

٢١٠٤٣- إذا استقرض فلوسًا، فكسدت، فإن على قول أبى حنيفة رحمه الله: يرد عينها إن كانت قائمة ومثلها، وإن كانت هالكة، وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: فقد ذكر مشايخنا فى شرح كتاب الصرف: أن المشايخ اختلفوا على قولهما: قال بعضهم: يرد عينها إن كانت قائمة، وعليه قيمتها إن كانت هالكة، وقال بعضهم: عليه قيمتها على كل حال، وفى "المنتقى": ما يدل على هذا القول، فقد ذكر ثمة إذا استقرض فلوسًا، فسقطت عليه مثلها فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وقال محمد

---

(١) وفى م "بزيادة".

(٢) وفى م "تغيير".

رحمه الله : عليه قيمتها يوم سقط ، زاد فى رواية إبراهيم عن محمد رحمه الله : فعليه قيمتها فى آخر ما فسدت بساعة قليلة قبل أن تكسد ، فالحاصل أن مذهب محمد رحمه الله : أنه يعتبر قيمتها فى آخر يوم كانت رائجة ، ويجب على المستقرض والغاصب ذلك ، وقال يعقوب : عليه قيمتها يوم استقرض ، فقد ذكر القيمة ، ولم يفصل بينما إذا كانت قائمة ، وبينما إذا كانت هالكة على قولهما .

والفلس المغصوب إذا كسدت ، فإن كانت قائمة رد عينها بالإجماع ، وإن كانت هالكة ، فعلى الاختلاف الذى ذكرنا ، وهذه المسألة فى الحاصل فرع مسألة أخرى فى كتاب الغصب : أن من غصب من آخر رطبًا ، وهلك عنده ، أو استهلكه ، ثم انقطع أوان الرطب ، قال أبو حنيفة رحمه الله : عليه قيمته من الفضة يوم الخصومة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : عليه قيمته من الفضة يوم الغصب ، وقال محمد رحمه الله : عليه قيمته من الفضة يوم الانقطاع ، ووجه كونهما بناء على تلك المسألة أن الواجب على المستقرض رد مثل ما قبض ، وعلى الغاصب كذلك ، وقد حصل قبض الفلوس وهى رائجة ، فيجب رد مثلها من ذلك الضرب رائجة ، وقد عجز عن تسليمها رائجة بالكساد كما أن الغاصب للرطب عجز عن تسليم الرطب ، مستقرض الفلوس عجز عن رد الصفة وهو كونها رائجة .

وإذا صار هذه المسألة بناء على تلك المسألة أوجبنا الفضة ، على قول أبى حنيفة رحمه الله : وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ههنا ، كما وجب اعتبار القيمة يوم الخصومة ثمة ، قلنا : وإيجاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يفيد ؛ لأن قيمتها كاسدة وعينها سواء ، بل إيجاب العين كاسدة أعدل من قيمتها ، فأوجبنا المثل على قوله : ولم نوجب القيمة لهذا ، وعلى قولهما : لما وجب اعتبار قيمتها رائجة إما يوم الاستقراض ، وإما فى آخر يوم كانت رائجة كان إيجاب القيمة من الفضة أعدل من إيجاب عينها كاسدة ، فيؤول الكلام إلى تلك المسألة ، فإن اصطلحا على شىء يدًا بيد ، فهو جائز ؛ لأن الواجب فى الذمة على قولهما القيمة من الفضة ، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله : كذلك ، وأيّا ما كان ، فالاستبدال به جائز بعد أن يكون الافتراق عن عين بدين ، والجواب فى العدل على ما ذكرنا من غير تفاوت ، وحكى عن جماعة كثيرة من المشايخ : أنهم كانوا يفتون بقول محمد رحمه الله رفقًا بالناس ، وهكذا كان يفتى الصدر

الشهيد برهان الأئمة ، ثم اختلف الناس فى استقراض الفلوس ، على قول أبى حنيفة رحمه الله : بعضهم لم يجوزوه على قوله ، وبعضهم جوزوه .

نوع آخر
فى المقرض يأخذ المستقرض فى بلدة أخرى:

٢١٠٤٤- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : إذا أخذ المقرض المستقرض فى بلدة أخرى ، فإن شاء أجله حتى يؤديه فى الموضع الذى استقرضه ، وإن شاء أخذه بقيمة ذلك الموضع ههنا ، وإن أبى المستقرض أن يعطيه القيمة ، أجبر عليه .

٢١٠٤٥- قال إبراهيم عن محمد رحمه الله : رجل استقرض من آخر طعامًا بالعراق ، فأخذه المقرض بمكة، قال أبو يوسف رحمه الله : فعليه قيمته يوم أقرضه ، وقال محمد رحمه الله : عليه قيمته بالعراق يوم اختصما ، وليس عليه أن يرجع معه إلى العراق ، ويأخذ طعامه ، وذكر القدورى فى شرحه : وإذا استقرض دراهم بخارية ، والتقيا فى بلدة لا يقدر على البخارية ، فإن كان ينفق فى ذلك البلد ، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا ، ويستوثق منه ، وإن كان فى بلدة لا ينفق وجب القيمة .

٢١٠٤٦- بشر عن أبى يوسف رحمه الله : رجل أقرض رجلا طعامًا ، أو غصبه إياه ، وله حمل ومؤنة ، والتقيا فى بلدة أخرى ، والطعام فيها أغلى ، أو أرخص ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال : يستوثق من المطلوب حتى يوفيه طعامًا حيث غصبه ، أو حيث أقرضه ، قال أبو يوسف رحمه الله : إن تراضيا على هذا فحسن ، وأيهما طلب القيمة أجبر الآخر عليه وهى القيمة فى البلد الذى غصب ، أو استقرض على حال يوم أقضى ، والقول فى ذلك قول المطلوب ، وإن كان الغصب قائمًا بعينه فى يده أجبره على أخذه ، ولا أجبره على القيمة .

٢١٠٤٧- وفى بيوع الأمالى : رجل استقرض من آخر شيئًا من الكيلى أو الوزنى ، فانقطع عن أيدى الناس قال : يجبر المقرض على التأخير حتى يدرك الحديث عند أبى حنيفة رحمه الله ؛ لأن الانقطاع عن أيدى الناس يجرى مجرى الهلاك ، ومن مذهب أبى

حنيفة رحمه الله أن الحق لا ينقطع عن العين بهلاك العين على ما عرف فى موضعه، وإذا بقى الحق فى العين ولوجود العين غاية معلومة يجبر على التأخير إلى وقت الإدراك؛ ليصل إليه عين حقه، أكثر ما فى الباب أن فى التأخير ضرب ضرر للمقرض إلا أن فى أخذ غير الحق ضرر للمستقرض، وهذا الضرر فوق ضرر التأخير، فكان أولى بالدفع.

٢١٠٤٨- وفى "نوادر ابن سماعة" عن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل استقرض من آخر شيئًا من الفواكه كيلا أو وزنًا، فلم يقبضه المقرض حتى انقطع، فهذا لا يشبه الفلوس إذا كسدت؛ لأن هذا مما لا يوجد فقد أجبر صاحبه على تأخره إلى أن يجىء الحديث إلا أن تراضيا على قيمته، وهذا فى هذا الوجه مثل رجل استقرض من رجل طعامًا فى بلد الطعام فيه رخيص، فالتقيا فى بلد الطعام فيه غالٍ، فأخذ الطالب بحقه، فليس له أن يحبسه، ويؤمر المطلوب بأن يوثق له حتى يعطيع إياه فى البلد الذى استقرض فيه.

نوع آخر
فى الشروط فى القرض:

٢١٠٤٩- إذا قال لغيره: أقرضنى عشرة دراهم على أن أعطيك مكانها، ففعل، فعليه عشرة دراهم مثل الدراهم التى قبضها، وإنما كان كذلك؛ لأنه شرط فى القرض ما لا يقتضيه القرض؛ لأنه شرط أن يكون القرض مضمونًا بغيره لا بمثله، والقرض يوجب المثل، وهو معنى قولنا: إنه شرط فى القرض ما لا يقتضيه القرض، فإن كان له حمل ومؤنة إلا أن القرض لا يبطل بهذا الشرط؛ لأنه تبرع، والتبرع لا يبطل بالشرط الفاسد، فيصح القرض، ويبطل الشرط والقرض متى صح يوجب المثل.

٢١٠٥٠- وإذا قرض بالكوفة بشرط أن يوفيه بالبصرة وهذا فاسد لا جواز له؛ لأنه قرض جرّ منفعة؛ لأن المستقرض يكفيه خطر الطريق إن لم يكن حمل ومؤنة، وإن كان له حمل ومؤنة يكفيه خطر الطريق ومؤنة الحمل، وعلى هذا السفاتج التى يعامل بها التجار، فإنهم يقرضون فيما بينهم، ويكتب المستقرض للمقرض سفتجة إلى مكان، فإن كان ذلك مشروطًا فى القرض، فهو مكروه، ؛ لأنه قرض جرّ منفعة، فإنه يسقط عن المقرض مؤنة

الحمل أو خطر الطريق، وإذا لم يكن مشروطًا في القرض، فلا بأس به.

٢١٠٥١- ولا يجوز الأجل في القرض، ولو فعل كان حالا سواء أجل بعد القرض أو أقرض مؤجلا، وهذا قول علمائنا، وقال ملك وابن أبي ليلى: يصح التأجيل، وأجمعوا على أن التأجيل فيما عدا القرض من قيم المتلفات وضمان المستهلكات وثمن البياعات صحيح، وإنما لا يصح التأجيل في القرض عندنا؛ لأن القرض في معنى العارية؛ لأن ما يسترده المقرض في الحكم كأنه عين ما دفع، إذ لو لم يجعل كذلك يصير هذا مبادلة المستقرض بجنسه نسيئة، وإنه حرام، وإذا ثبت أن القرض في معنى العارية، فنقول: العارية شرعت غير لازمة حقّا للشرع، فلو صح التأجيل صارت لازمة إلى مضي الأجل، فكان فيه تغيير حكم الشرع، وإنه لا يجوز.

٢١٠٥٢- وعارية الدراهم والدنانير قرض، وكذا كل ما أجرنا فيه القرض من الكيلي والوزني والعددي المتقاربة، فإعارتها قرض، والحاصل أن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قرض؛ لأنه تعذر العمل بحقيقة الإعارة؛ لأن الإعارة لتمليك منفعة يمكن استيفاءها[1] مع بقاء العين فيجعل مجازًا عن القرض، وأمكن ذلك؛ لأن المعير يسلط المستعير على الانتفاع بالعين المستعار على أن يرد عليه، وفيما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يصير مسلطًا له على استهلاك عينه في حاجته على أن يرد مثله، وذلك إقراض حتى إنه لو استعار الدراهم لأجل منفعة يمكن استيفاءها مع بقاء عينها بأن استعارها ليزن بها موازينه أو نحوه يكون عارية حقيقة، ولا يكون قرضًا.

٢١٠٥٣- ابن سماعة عن محمد رحمه الله: رجل قال لغيره: اضمن عني لفلان الألف التي له علي ففعل، وأداها الضامن من عنده، ثم إن الضامن أخر المضمون عنه، فالتأخير جائز، وليس هذا بمنزلة القرض، ولو قال: اقض على هذا الرجل[2] ألف درهم ففعل، ثم أخره بها، فالتأخير غير جائز؛ لأن هذا أدى عنه، فصار مقرضًا، والتأجيل في القرض باطل، والأول أدى عن نفسه.

---

(١) هكذا في ظ وم، وكان في الأصل "انتفاعها"، وفي ف "استفادها".

(٢) وفي م "عن هذا الرجل".

نوع آخر
فى المتفرقات:

٢١٠٥٤- وإذا أقرض الرجل رجلا دراهم، وقبضها المستقرض، ثم إن المقرض قال: اصرف الدراهم التى لى عليك بالدنانير، فإن عين له شخصًا بأن قال: مع فلان، ففعل جاز على المقرض بالإجماع، وإن لم يعين شخصًا، ففعل، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجوز على المقرض، وقالا: يجوز عليه، أصل المسألة إذا قال رب الدين لمديونه: أسلم مالى عليك فى كر حنطة، ولم يعين المسلم إليه، فإن أراد الطالب أن يأخذ الدنانير، ودفع إليه المستقرض باختياره، جاز ذلك عندهم، أما عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: فظاهر، وأما عند أبى حنيفة رحمه الله: فلأن بالأخذ والدفع ينعقد بينهما بيع جديد بالتعاطى.

٢١٠٥٥- إذا كان لرجل على رجل ألف درهم دين، فدفع المطلوب الدنانير إلى الطالب، وقال: اصرفها، وخذ حقك منها، فقبضها الطالب، وهلكت فى يده قبل أن يصرفها، فقد هلكت من مال المطلوب؛ لأن الدنانير أمانة فى يده؛ لأنه قبضها بحكم الوكالة، والوكيل أمين فيما فى يده بحكم الوكالة، وإن صرفها، فهلكت فى يده قبل أن يأخذ منها حقه، هلكت الدراهم من مال الدافع؛ لأنه وكيل بالصرف والقبض بحكم العقد، فيقع للآمر أولا، وتصير الدراهم أمانة فى يده ما لم يحدث فيها قبضًا لنفسه، فإذا أخذ حقه منها، فقد أحدث فى المأخوذ قبضًا لنفسه، فإذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال الطالب.

ولو قال: بعها بحقك، فباعها، وقبض الدراهم، وهلكت فى يده، هلكت من مال الطالب، وإن لم يأخذها بحقه بعد؛ لأن فى هذه المسألة أمر الطالب بالبيع بحقه، وإنما يكون البيع بحقه إذا كان بائعًا لنفسه، فيقع البيع للطالب، ويقع قبض الدراهم للطالب، أما فى مسألة الصرف ما أمر الطالب بالبيع بحقه، وإنما أمره بالصرف لنفسه واستيفاء الحق من الدراهم، فيقع الصرف للدافع، ويقع القبض له بحكم العقد والتقريب ما مر.

٢١٠٥٦- وإذا أقرض صبيًا حرًا محجوراً عليه أو معتوهًا مالا، ودفعه إليه، فاستهلكه، فلا ضمان عليه، أطلق المسألة فى نسخ أبى حفص، وفى نسخ أبى سليمان: أنه لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفى قول أبى يوسف رحمه الله: إنه ضامن، وهو الصحيح؛ لأن هذا بمنزلة الوديعة من حيث إن المالك فى الموضعين سلطه على الاستهلاك.

ولو أقرض عبدًا محجوراً، فاستهلكه العبد، فلا ضمان عليه مادام عبدًا، فإذا أعتق يومًا أخذ به، وذكر المسألة من غير خلاف، ويجب أن تكون على الخلاف أيضًا، على قول أبى يوسف رحمه الله: يؤاخذ به فى الحال كما فى الوديعة، ألا ترى أنه نص على الخلاف فى الصبى، والصبى والعبد سواء، كما فى الوديعة.

٢١٠٥٧- وفى "المنتقى": إذا كان لرجل وديعة عند رجل له على صاحب الوديعة دين، ولم تصر الوديعة قصاصًا بالدين قبل أن يجتمعا عليه، وإن اجتمعا عليه، لا يصير قصاصًا حتى يرجع إلى أهله فيأخذها، وإن كانت فى يده أو قريب منه، بحيث يتمكن من قبضها لو أراد ذلك، فاجتمعا على جعلها قصاصًا لا يحتاج إلى شىء غير ذلك، ومتى صارت دينًا، صارت قصاصًا، وحكم الغصب إذا كان الغصب قائمًا فى يد الغاصب وحكم الوديعة سواء.

وإذا كان الدينان مؤجلين لا تقع المقاصة حتى يتقاصا، وكذا إذا كان أحدهما معجلا، والآخر مؤجلا، أو كان أحدهما وضحا، والآخر غلة.

٢١٠٥٨- أبو سليمان عن أبى يوسف رحمه الله: فى رجل بعث بكتاب مع رسول إلى رجل أن ابعث لى كذا كذا درهمًا قرضًا لك علىّ، فبعث الذى أوصل الكتاب لم يكن من مال الآمر حتى يصل إليه، ولو أن رجلا أرسل إلى رجل رسولا أن ابعث عشرة دراهم قرضًا، فقال: نعم، وبعث بها مع رسوله، فالآمر ضامن لها إن كان رسوله قبض الدراهم.

٢١٠٥٩- وإذا أمر غيره أن يرهن مالا، ويلتزم الربح عنه، ويؤدى إليه ليؤدى الآمر إليه، فأدى المأمور الربح، لا يرجع على الآمر؛ لأن التكميل مقتضى الأداء، فالأمر إنما يثبت إذا صح الأمر، ولم يصح، فلا يثبت التمليك، وبدونه لا يثبت حق الرجوع -والله أعلم-.

الفصل العاشر
فى المتفرقات

٢١٠٦٠- فى "المنتقى" عن أبى يوسف رحمه الله : المديون إذا أبى أن يقضى ما عليه إن كان ممن يعمل بيده، أو له عمل معروف، وإنه يؤاجر من رجل، ويؤخذ الأجر، فيقضى به ديونه، قال أبو حنيفة رحمه الله : وإذا استقرض الرجل مالا فى مرضه، وعاين الشهود، دفع المقرض المال إلى المستقرض، أو اشترى شيئًا بألف درهم، وعاين الشهود، قبض البيع، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، أو استأجر شيئًا بمعاينة الشهود وعليه ديون الصحة، فإن هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة، وإن تعلقت هذه الديون بماله بعد تعلق حق غرماء الصحة إذ ليس فى بعض هذه التصرفات إبطال حقهم وهو القرض والنكاح، وفى بعضها إن كان إبطال حقهم، لكن لحاجة المريض، وهو يملك الفعل والإبطال لحاجته، فإن قبض المريض دين هؤلاء، هل لغرماء الصحة أن يشاركوا القابض فيما قبض؟ ينظر إن قضى الدينين : دين المقرض ودين البائع، كان لهم حق المشاركة، وإن قضى دين المرأة، ودين الآخر لا يكون لهم حق المشاركة.

والفرق أن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة ؛ لأن حق غرماء الصحة فى معنى الأموال وهو المالية لا أعيانها، وما وصل إليه من العوض فى القرض والبيع يصلح لقضاء حق غرماء الصحة، فلا يصير بهذا[1] القضاء مبطلا حقهم، أما ما وصل إليه من العوض فى الإجارة والنكاح لا يصح لقضاء حق غرماء الصحة، فيصير بهذا القضاء مبطلا حقهم، وليست له هذه الولاية.

٢١٠٦١- وفى "فتاوى النسفى" : السلطان إذا صادر[2] رجلا وطالبه بشىء من المال ظلمًا، فطلب الرجل من غيره أن يدفع إلى السلطان المال المطلوب به، ويدفع إلى أعوانه شيئًا من المال، ويقال بالفارسية : جعل موكلا، فدفع الرجل ذلك كله، ثم أراد أن

(١) وفى ظ : "فلايصح هذا".

(٢) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم : "صار".

يرجع إلى الآمر بما دفع بأمره وطلبه، قال : ليس له ذلك؛ لأن أمره بالدفع بمنزلة أمره بأن يتلف ماله، بأن قال له : ألقِ مالك فى البحر وثمة لا ضمان على الآمر، وههنا كذلك، وذكر فخر الإسلام وشمس الأئمة السرخسى : أن له الرجوع، والمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية، ثم فى المطالبة الشرعية وهو الدين، إذا أدى المأمور رجع على الآمر، فكذا فى المطالبة الحسية استدلالا بمسألة ذكرها محمد رحمه الله فى "السير الكبير" لو أمر واحد من أسراء المسلمين رجلا أن يشترى له ممن أسره بكذا، فاشتراه، رجع بالثمن على الآمر مع أنهم ظالمون فى إمساكه، وطلب المال منه، فكذا ههنا، وعليه الفتوى.

٢١٠٦٢- وفى "الجامع" باب الكفالة بالصرف : رجل له على رجل ألف درهم جياد، فقال له صاحب المال : أعطِنى بها ألف درهم نبهرجة، وتفرقا من غير قبض صح؛ لأنه حط عنه صفة الجودة لأن يصرف، فلا يبطل بالافتراق عن المجلس من غير قبض، وكذا لو قال : اقض عن غريمى هذا بها ألف درهم نبهرجة؛ لأنه ليس له الصرف، فإنه لم يقل : على أن الجياد لك.

٢١٠٦٣- وإن كان لرجل على رجل دين، فقال المديون : أبطلت الأجل أو قال : تركته، صح بخلاف قوله : لا حاجة لى فيه، وبخلاف قوله : برئت منه أضاف البراءة إلى نفسه، وروى أنه يصح إذا أضاف البراءة إلى نفسه كما يصح إذا أضاف البراءة إلى رب الدين، وقال : برئت بالنصب.

٢١٠٦٤- المأمور بقضاء الدين إذا قضى أجود مما أمر به يرجع بمثل ما أمر به، ولو قضى أردأ مما أمر به، رجع بما كفل به.

٢١٠٦٥- وفى "المنتقى" بشر عن أبى يوسف رحمه الله : رجل له على رجل عشرة دنانير، فقال رجل لصاحب الدنانير : أقرضنى الدنانير التى لك على فلان، فقال : نعم، ثم إن صاحب الدنانير، قال لمديونه : يا فلان أعطِ فلانًا الدنانير التى عليك، وأحاله عليه، فأخذها عروضًا أو دراهم، أو ما أراد كان جائزًا، ولو قال لرجل : وهبت لك ألف درهم التى لى على فلان، وقال لفلان : أعطِها إياه عرضًا لم يبرأ.

٢١٠٦٦- وفى "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله : رجل عليه ألف درهم لرجل، أمر الذى عليه رجلا أن يدفعها عنه إلى الطالب؛ ليرجع الدافع بها على الآمر،

فدفعها المأمور بعد ذلك إلى الطالب، وأراد أن يرجع بها على الآمر، فأقام الآمر بينة أنه قد دفع الألف إلى الطالب بعد ما أمر المأمور بالدفع قبل أن يدفع المأمور، فلا سبيل للمأمور على الآمر فى الرجوع بما دفع، وله أن يرجع على الذى دفع.

٢١٠٦٧- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الكبير": إذا قال الرجل لغيره: ادفع إلى فلان ألف درهم، أو أعطِ فلانًا ألف درهم على أنى ضامن لها، والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام، فدفع المأمور إلى فلان ألف درهم، فالألف قرض للدافع على الآمر، وليس للمأمور أن يأخذها من القابض، وللآمر أن يأخذها بعينها من القابض؛ لأن شرط الضمان لا يخلو من أحد الوجهين: إما التحمل بطريق الكفالة، وهو المعهود من لفظ الضمان، وإما التحمل بجهة الأصالة بالاستقراض، لا وجه إلى الأول؛ لأن شرط الضمان بطريق التحمل أن يكون الضمان ثابتًا فى حق الأصل، ولا ضمان على المدفوع إليه ههنا؛ ليتحمله الآمر بالكفالة، فيعتبر جهة الأصالة بالاستقراض، وصار المدفوع إليه وكيلا عن الآمر بالقبض، كأن الآمر قال للدافع: أقرضنى ألف درهم، وادفع إلى فلان، فإنى وكيله بالقبض، فإذا قبضه، صار قرضًا عن الآمر وديعة عند الوكيل وهو القابض إن هلك فى يده لا شىء عليه لكونه أمينًا، وإن أتلفه يضمن، وإنما شرط فى الكتاب أن يكون المدفوع إليه حاضراً يسمع الكلام؛ لأن المدفوع إليه يصير وكيلا من الآمر فى القبض، والتوكيل لا يصح قبل علم الوكيل، فيشترط علمه وسماعه؛ ليصير وكيلا من الآمر.

٢١٠٦٨- ولو قال لغيره: أعطِ فلانًا ألف درهم، أو قال: ادفع إلى فلان ألف درهم على أنى ضامن لك عنه بهذه الألف، والمدفوع إليه حاضر يسمع كلام الآمر، ففعل، فالألف قرض للمأمور على القابض، والآمر ضامن لها عنه، يأخذ أيهما شاء.

٢١٠٦٩- فرق بين هذا وبينما إذا قال: إنى ضامن لها، ولم يقل: عنه، والفرق أن الآمر لما قال: على أنى ضامن عنه، فقد نص على أن القابض مكفول عنه، وإنما يصير القابض مكفولا عنه إذا صار القابض مستقرضًا عنه، فصار تقدير ما قال: كأنه قال: أقرض فلانًا ألف درهم على أنى ضامن عنه، فأما إذا قال: على أنى ضامن لها، ولم يقل: عنه، لم يجعل الآمر القابض المكفول عنه، وتعذر أن يجعل الآمر ضامنًا عن

القابض بحكم الكفالة على ما مر، فجعل ضامنًا لها بحكم القرض احتيالا للصحة .

ولو أن القابض هو الذى خاطب الدافع، وقال : أعطِنِى ألف درهم، أو قال : ادفع إلى إلف درهم على أن فلانًا ضامن لها، وفلان يسمع الكلام، فقال : نعم، فدفع الألف على أن فلانًا ضامن لها بالألف، فالألف قرض للمأمور على القابض، فلان كفيل بها عنه .

٢١٠٧٠- فرق بين هذا وبينما إذا كان الآمر هو الذى يلى المخاطبة، والقابض ساكت، والفرق أن المخاطبة متى كانت من القابض، فقد جرى بين القابض وبين الدافع ما هو سبب الضمان، وهو سؤال القابض إياه حتى يدفعه إليه بدليل أن القابض لو لم يشترط ضمان غيره، فدفع إليه كان مضمونًا عليه كأنه أقرضه، وإذا جرى بينهما سبب الضمان، فإذا شرط القابض ضمانًا آخر، كان هذا ضمان كفالة؛ لأنه ضمان طرأ على ضمان ثابت على غيره، وهذا هو حد الكفالة، فصار تقدير ما قال القابض للدافع : أقرضنى ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها، وأما إذا كان المخاطبة من الآمر لم يجر بين القابض والدفع سبب الضمان، فلا يجب الضمان بدليل أنه لو لم يقل الآمر : على أنى ضامن لها، واقتصر على الأول، فدفع إليه الألف كان القابض أمينًا لا ضمينًا، وكان هذا من الآمر مشورة، بأن يودعه ألف درهم، وإذا لم يجر بينهما سبب الضمان تعذر أن يجعل هذا من الآمر ضمانًا بحكم الكفالة على ما مر، فجعل استقراضًا أما ههنا فبخلافه .

٢١٠٧١- ولو قال الرجل لغيره : أعط فلانًا ألف درهم على أنى ضامن لها فقال فلان : نعم، فالقرض على القابض، والآمر كفيله؛ لأن قول فلان : نعم جواب، والجواب يتضمن إعادة الكلام الأول، فصار كأن فلانًا قال : نعم، أعطِنِى ألف درهم على أن فلانًا ضامن لها، ولو نص على هذا، فقد جرى بين الدافع والقابض ما هو سبب الضمان بدليل أن القابض لو قال : أعطِنِى ألفًا، ولم يقل : على أن فلانًا ضامن لها كان الألف مضمونًا عليه، فكان ضمانًا طارئًا على ضمان ثابت على القابض، وهذا هو حد الكفالة، فكان كفالة .

٢١٠٧٢- وإذا قال : هب لفلان ألف درهم على أنى ضامن لها، ففعل المأمور

ذلك، وقبض الموهوب له منه كانت الهبة جائزة، والأمر ضامن للدفع، ويكون الواهب في الحقيقة هو الآمر دون المأمور حتى كان للآمر أن يرجع في الهبة، ولا يكون للمأمور ذلك؛ لأنه تعذر تصحيح هذا الضمان من الآمر بحكم الكفالة عن القابض، إذ لا ضمان على الموهوب له وعلى المتصدق عليه، فجعل الآمر ضامنًا بحكم القرض جاعلا للمأمور وكيلا عن نفسه بالهبة والصدقة، وجاعلا للقابض وكيلا عن نفسه في ابتداء قبضه، حتى يتم قرضه، ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم الهبة، وصار تقدير المسألة كأن الآمر قال لذلك الرجل: أقرضني ألف درهم، ثم كن وكيلي بالهبة من فلان، ولو نص على هذا كان الجواب، كما قلنا، فههنا كذلك.

٢١٠٧٣- ولو قال الرجل لغيره: هب لي ألفا على أن فلانًا ضامن لها وفلان حاضر، فقال: نعم، ثم وهب المأمور ألفًا، فالهبة من الضامن، ويكون المال قرضًا للدافع على الضامن؛ لأن قول القابض: هب تنصيص على أن لا ضمان عليه لأحد في المقبوض، فلا يمكن أن يجعل قوله: على أن فلانًا ضامن لها اشتراطًا للضمان بحكم الكفالة، فجعل ذلك ضمانًا بحكم القرض، وصار فلان بقوله: نعم مستقرضًا الألف من الدافع جاعلا الدافع وكيلا عن نفسه بالهبة من القابض احتيالا للجواز.

كتاب فيه مسائل الشيوع:

٢١٠٧٤- يجب أن يعلم أن المشاع نوعان:

نوع يحتمل القسمة

ونوع لا يحتمل القسمة

فما لا يحتمل القسمة أن يبذل منفعة بالقسمة بحيث لا يبقى بعد القسمة المنفعة التى كانت قبل القسمة كما كان أو تفوت تلك المنفعة أصلا، وما يحتمل القسمة أن لايبذل منفعة بالقسمة ولاتفوت، بل يبقى منتفعًا بعد القسمة المنفعة التى كانت قبل القسمة، وهذا لأن القسمة لإقرار ما كان لكل واحد منهما قبل القسمة من الملك والمنفعة، وإنما يتحقق إقرار ما كان لكل واحد منهما من المنفعة إذا بقى المفرز على ما كان قبل الإقرار بأصله ومنافعه، فأما إذا تبدلت المنفعة إلى نقصان أو فاتت أصلا لا يكون إفرازًا، بل يكون تبديلا وتفويتًا.

قال محمد رحمه الله فى "الأصل": بيت بين رجلين أراد أحدهما القسمة وأبى الآخر، وارتفعا إلى القاضى، فإن كان البيت كبيراً بحيث لو قسم أمكن لكل واحد منهما أن ينتفع بنصيبه انتفاع البيت كما قبل القسمة، فالقاضى يقسم، وإن لم يكن بهذه الصفة، فالقاضى لايقسم، وإن كان البيت صغيراً بحيث لا يمكن لكل واحد منهما بعد القسمة أن ينتفع بنصيبه انتفاع البيت، فالقاضى لا يقسم بينهما بطلب أحدهما عند إباء الآخر، وكذا الحمام.

٢١٠٧٥- ومسائل الشيوع كثيرة: أحدها: البيع: وإنه على وجهين: الأول: أن يبيعه من شريكه، وإنه جائز، سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتمل. والثانى: أن يبيعه من أجنبى، وذلك بطريقين: أحدهما: أن يكون للبائع نصف العين، فباع ذلك النصف من رجل آخر، أو يكون له كل العين، فباع نصفه من رجل، وكل ذلك جائز، سواء كان يحتمل القسمة أو لايحتمل.

والثانية: الإجارة: وإنها على وجهين أيضًا: الأول: أن يؤاجر من أجنبي، وذلك بطريقين: أحدهما: أن يكون الكل له، فآجر النصف، وإنه لا يجوز في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز، واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله، قال بعضهم: لا تنعقد هذه الإجارة أصلا حتى لايجب شيء لا المسمى، ولا أجر المثل، وقال بعضهم: ينعقد فاسدًا حتى يجب أجر المثل وهو الصحيح.

الطريق الثاني: أن تكون العين بين رجلين نصفين، فآجر أحدهما نصيبه من أجنبي، وفي هذا الوجه اختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله، حكى أبو طاهر الدباس عنه أنه لا يجوز؛ لأنه آجر ما يقدر على تسليمه بطريق التهايؤ؛ لأن المستأجر يقوم مقام الآجر في نصيبه، والآجر مع شريكه كانا ينتفعان بالدار هكذا، فكذا من يقوم مقامه، وذكر الكرخي في "جامعه" نصّا عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الإجارة فاسدة، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي والصدر الكبير برهان الأئمة، قال الكرخي في كتابه: ويستوي عند أبي حنيفة رحمه الله ما يقسم وما لا يقسم، وقال: لا تجوز الإجارة في الوجهين جميعًا عنده، وفي بعض المواضع أن فيما لا يقسم الإجارة جائزة إجماعًا، والوجه الثاني: إذا آجر نصيبه من شريكه، جاز في ظاهر رواية أبي حنيفة رحمه الله، وروى عنه في "النوازل": أنها لا تجوز.

وإذا آجر من رجلين إن أجمل، فقال: آجرتكما هذه الدار، جاز إجماعًا، وإن فصل بالنصف، فإن قال: آجرت منكما هذه الدار النصف من هذا، والنصف من هذا يجوز إجماعًا أيضًا، وإن فصل بالأثلاث قيل: يجب أن يكون في جواز هذه الإجارة اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأما الشيوع الطارئ: فلا يفسد العقد في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وروى خالد بن صبيح عنه أنه يفسد. صورة الشيوع الطارئ: إذا آجر دارًا من رجل، ثم تقايلا العقد في نصفه. صورة أخرى: إذا آجر داره من رجلين، فمات أحدهما. صورة أخرى: إذا آجر الرجلان دارًا من رجل، فمات أحدهما. صورة أخرى: إذا مات أحد المكاريين.

الثالثة: العارية: وإنها جائزة فى المشاع على كل حال.

الرابعة: الهبة: فإن كانت مشاعًا لا تحمل القسمة، فهى جائزة، وهب من أجنبى أو من شريكه، وإن كانت تحتمل القسمة لا يجوز وهب من أجنبى أو من شريكه، والشيوع الطارئ لا يبطل الهبة بالإجماع.

وإذا وهب دارًا من رجلين إن أجمل، وقال: وهب لكما هذه الدار، على قول أبى حنيفة: لا يجوز، وعلى قولهما: يجوز، وإن فصل إن فصل بتنصيف، بأن قال: وهب منكما هذه الدار نصفها لك ونصفها لك، فهو على هذا الاختلاف عند أبى حنيفة رحمه الله لايجوز، وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز، وذكر ابن سماعة الخلاف على هذا الوجه فى "نوادره".

وإن قال لأحدهما: وهبت لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف، وإن كان التفصيل بالأثلاث بأن قال: ثلثها منك، وثلثاها منك لا يجوز بالاتفاق، هكذا ذكر فى بعض النوادر، وفى رواية ابن سماعة: أن على قول محمد رحمه الله: يجوز، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: لا يجوز.

وهبة المشاع فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله، وليست بباطلة حتى تفيد الملك عند اتصال القبض به، مذكور فى باب التيمم من "شرح الزيادات"، وفى "أجناس الناطفى": أنها باطلة، ولو وهب رجلان لرجل دارًا، وسلماها إليه، جاز فى قولهم.

الخامسة: الصدقة: اعلم بأن التصدق الشائع نظير هبة المشاع فى جميع ما ذكرنا إلا فى خصلة واحدة: أنه إذا تصدق بالكل على اثنين، فإنه إذ لو وهب الكل لاثنين، لايجوز عند أبى حنيفة رحمه الله رواية واحدة، ولو تصدق بالكل عليهما، هل يجوز على قوله؟ ذكر فى "الأصل": إنه لا يجوز، فإنه ذكر فى الأصل هبة الدار من رجلين، وعطف عليهما الصدقة على رجلين، فقال: وكذلك الصدقة على رجلين، وهذا يدل على أنه إذا تصدق بما يقسم على رجلين، وكذلك أنه لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله.

وذكر فى "الجامع الصغير": إذا تصدق بعشرة دراهم على فقيرين يجوز، قال الحاكم الشهيد: يحتمل أن يكون المراد من قوله فى الأصل، وكذلك الصدقة على رجلين، وكذلك على غنيين، فيكون ذلك بمنزلة الهبة؛ لأن الصدقة على الغنى هبة،

فهذا إشارة إلى أنه لافرق بينهما، والأصح فى المسألة روايتين.

وفى "الجامع الصغير": إذا وهب عشرة دراهم من الفقيرين يجوز، وجعل الهبة من الفقير صدقة، وأما إذا وهب عشرة دراهم من غنيين، فلا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسى: أنه إذا وهب لرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدلية، أنه يجوز، وجعل هذا بمنزلة هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة، وذكر ثمة أيضًا: فقال: كل ما يوجب قسمته نقصانًا فيه، فهو مما لا يحتمل القسمة، وكل ما لا يوجب قسمته نقصانًا فيه، فهو مما يحتمل القسمة، فعلى هذا يقول: إذا كان الدراهم ينتقص ماليته بالقسمة يجوز هبة نصفه، وإن كان لا ينتقص لا يجوز هبة نصفه -والله أعلم-.

السادسة: الوقف: واعلم بأن الشيوع فيما يحتمل القسمة لا يمنع صحة الوقف بالإجماع، ألا ترى أنه لو وقف نصف الحمام يجوز وإن كان مشاعًا، وأما الشيوع فيما يحتمل القسمة، فهل يمنع صحة التوقف؟ على قول أبى يوسف رحمه الله: لا يمنع، وعلى قول محمد رحمه الله: يمنع، وهذه المسألة بناء على أصل معروف أن القسمة من تمام القبض، وأصل القبض فيما يحتمل القسمة ليس بشرط عند أبى يوسف رحمه الله، ولو وقف جميع أرضه، أو داره، ثم استحق نصفه أو ربعه، أو ما أشبهه شائعًا، بطل الوقف فيما بقى عند محمد رحمه الله؛ لأن الاستحقاق تبين أن ما وقف الواقف كان مشاعًا، ووقف المشاع فيما يحتمل القسمة عنده باطل، وهذا بخلاف ما لو استحق شىء منه بعينه بحيث لا يبطل الوقف فى الباقى؛ لأن هناك لا يتبين الشيوع فى الباقى؛ لأن المستحق مميز مما بقى، فهو بمنزلة ما لو وقف دارين واستحق أحدهما، ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف رحمه الله فى وقف المشاع، ومشايخ بخارى بقول محمد رحمه الله.

ذكر فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله" تفريعًا على قول أبى يوسف رحمه الله، فقال: إذا كانت الأرض بين شريكين، وقف أحدهما نصيبه مشاعًا، ثم اقتسما، فوقع نصيب الواقف فى موضع لا يجب عليه أن يقف ثانيًا؛ لأن بالقسمة تعين الموقوف، وإذا أراد الاجتناب عن الخلاف يقف ثانيًا، وإن كانت الأرض كلها له، فوقف بعضها، ثم

أراد القسمة، فالوجه فى ذلك أن يبيع ما بقى، ثم يقتسمان؛ لأن القسمة إنما تجوز بين اثنين، وإن لم يبع، ورفع الأمر إلى القاضى ليأمر إنسانًا بالقسمة معه جاز، لأن القسمة هنا جرت بين اثنين.

وإذا كانت الأرض لرجلين تصدق كل واحد منهما بنصفها مشاعًا على هذه صدقة موقوفة، ويسلم كل واحد منهما بنصفها على والٍ على حدة لم يجز، وإن تصدق كل واحد بنصف على حدة صدقة موقوفة، وجعل الوالى على ذلك رجلا واحدًا، وسلما إليه جميعًا جاز، ولو تصدق الواحد على الواحد بجميع الدار، وسلم النصف مشاعًا، ثم سلم النصف الباقى، جاز.

إذا كانت الأرض بين رجلين تصدقا بها على الفقراء صدقة واحدة، وجعل كل واحد منهما واليًا، فهذا على وجهين: إن جعل كل واحد منهما واليًا؛ ليقبض نصيبه ونصيب صاحبه، بأن قال كل واحد منهما لواليه: وليتك قبض هذه الأرض، يجوز، وإن جعل كل واحد منهما واليًا؛ ليقبض نصيبه لا غير لا يجوز.

ذكر الخصاف فى وقفه تفريعًا على قول أبى يوسف رحمه الله، فقال: أرض بين رجلين وقف أحدهما حصته منها وهو النصف، فله أن يقاسم شريكه ليفرز حصة الوقف؛ لأن ولاية الوقف إليه، فإن كان الواقف قد مات، فلوصيه أن يقاسم الشريك، فيفرز حصة الوقف، ولو أن رجلين كانت بينهم أرض، فوقف كل واحد منهم حصته على قوم معلومين، فهو جائز، ولهما أن يقتسما هذه الأرض، فيفرز كل واحد منهم حصته التى وقفها، وإن كانا وقفاها جميعًا على وجوه سمياها، ثم أراد قسمتها، فلهما ذلك، ويفرز كل واحد منهما ما وقف، ويكون فى يده يتولاها.

ولو أن رجلا وقف جميع أرضه، ثم استحق نصفها شائعًا، وقضى القاضى للمستحق بالنصف بقى النصف الآخر وقفًا على حاله عند أبى يوسف رحمه الله، وكان للواقف أن يقاسم المستحق، فيفرز حصة الواقف. ولو وقف من داره أو أرضه ألف ذراع، جاز عند أبى يوسف رحمه الله؛ لأنه يجيز ذلك فى البيع ففى الوقف أولى، ثم يذرع الأرض والدار، فإن كانت ألف ذراع أو أقل، كان كلها وقفًا، وإن كانت ألفى ذراع كان الوقف منها النصف، وإن كانت ألفًا وخمسمائة، كان الوقف بينهما ثلاثين.

السابعة: الرهن: واعلم أن الشيوع فى الرهن يمنع جواز الرهن، سواء رهن من شريكه أو من أجنبى، وسواء كان مشاعًا يحتمل القسمة أولا، والشيوع الطارئ هل يبطل الرهن؟ ذكر بعض مشايخنا فى شروحهم: أن فى المسألة روايتين، وذكر بعضهم أن فى ظاهر الرواية يبطل الرهن، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه لا يبطل، وللشيوع الطارئ صور، فمن جملتها أن يرهن الرجل عينًا من غيره، ثم إنهما يفسخان العقد فى نصفه أو ثلثه، أو ما أشبههما، ولو رهن أرضًا وقبضها، ثم استحق طائفة منها إن كان المستحق غير معين، لا يبطل الرهن فى الباقى، ولا يكون للمرتهن الخيار فى الباقى، ولا يكون له المطالبة بشىء آخر مكان المستحق، وإذا رهن داره من رجلين إن أجمل، بأن قال: رهنت هذه الدا منكما يجوز، وإن فصل لايجوز، سواء كان التفصيل بالنصف، بأن قال: نصفها من هذا ونصفها من هذا أو كان بالأثلاث.

والشيوع فيما بين الراهنين لا يمنع صحة العقد إذا وقع العقد فى حق المرتهن جملة، حتى إنه إذا كان لرجل على رجلين على كل واحد منهما دين على حدة رهناه عبدًا مشتركًا بينهما بجميع حقه رهنًا واحدًا جاز، وهذا لأن الشيوع إنما يكون مانعًا صحة الرهن باعتبار أن الشائع ليس بمحل لحكم الرهن؛ لأن حكم الرهن ملك اليد والحبس، واليد لا يحل إلا المعين، والتصرف إذا لم يصادف محله لا يصح، وهذا المعنى لا يتأتى إذا وقع العقد فى حق المرتهن جملة، فلا يمنع الصحة، ألا ترى أن الشيوع فى باب الهبة فيما يحتمل القسمة لما كان مانعًا تمام الهبة لنقصان فى القبض، فإذا انعدم ذلك المعنى بأن وقع العقد فى حق الموهوب له جملة لا يمنع صحة الهبة، وإن كان الشيوع فى حق الواهبين حتى لو وهب رجلان دارًا من رجل، وسلماها إليه جملة كانت الهبة تامة، كذا هنا، أو نقول: الشيوع إنما كان مانعًا صحة الرهن؛ لأنه يفوت به حكم الرهن، وهو الحبس فى بعض المدة؛ لأنه محتاج فيه إلى التهايؤ، فالمرتهن يحبسه فى بعض المدة وصاحب الرهن يحبسه فى بعض المدة، وهذا المعنى لا يتأتى إذا وقع العقد فى حق المرتهن جملة.

بيان هذا الأصل من المسائل ما ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع الكبير": رجل له على رجل ألف درهم، وعلى الآخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة، فرهناه بذلك عبدًا بينهما نصفان رهنًا واحدًا بجميع حقه وقيمة العبد ألفا درهم، فهذا الرهن جائز؛

لأنه لو لم يجز إنما لم يجز لمكان الشيوع إلا أن الشيوع فيما بين الراهنين لا فى حق المرتهن، بل العقد فى حق المرتهن واحد، وقد ذكرنا أن الشيوع فيما بين الراهنين لا تمنع صحة الرهن إذا وقع العقد فى حق المرتهن جملة، قالوا: وطريق الجواز فى هذه المسألة أن يجعل كل واحد منهما راهنًا جميع العبد بدين نفسه نصفه بحق الملك ونصفه بحق الاستعارة، وهذا لأنه لو لم يجعل هكذا، يصير كل واحد منهما راهنًا نصفه من العبد، وعند ذلك لا يصح الرهن، نص عليه فى هذا الباب، فإنه قال: إذا رهن كل واحد منهما نصيبه من العبد لا يصح، وإنما لا يصح الرهن إذا رهن كل واحد منهما نصيبه بدينه وإن كان لا يمكن الشيوع فى حق المرتهن فى الحال بأن كان الكلامان خرجا منهما معًا؛ لأنه يؤدى إلى تمكن الشيوع فى حق المرتهن فى الثانى، ويؤدى إلى فوات حكم الرهن وهو الحبس فى بعض المدة فى الثانى، فإن هناك إذا قضى أحد الراهنين دينه، كان له أن يقبض نصيبه من العين، فيحتاج المرتهن إلى التهايؤ، وعند ذلك يفوت الحبس فى بعض المدة، فأما لو جعلنا كل واحد منهما راهنًا جميع العبد بجميع دينه النصف بحكم الملك والنصف بحكم الاستعارة، فإذا أدى أحدهما نصيبه من الدين لا يكون أن يفتك نصيبه عنه، فلا يحتاج المرتهن إلى التهايؤ، فلا يفوت الحبس فى بعض المدة لا فى الحال ولا فى الثانى، فيجوز العقد، ولما كان طريق التصحيح ما ذكرنا، صار كل واحد منهما مستعيراً من صاحبه نصيبه حتى يرهنه بدينه، وصار كل واحد منهما راهنًا جميع العبد بدين نفسه، كأنه ليس معه غيره، ولا استحالة فى هذا؛ إذ يجوز أن تكون العين الواحد محبوسًا بحقوق كثيرة لكل واحد منهما على سبيل الكمال، والذى يؤيد ما ذكرنا فى آخر الباب فى رهن "الأصل": لو رهن عبده بألف درهم نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة لا يجوز؛ لأنه لو كان يتفرق الرهن يتفرق الدين، فيؤدى إلى أن يفتك أحد النصفين عنه، ويبقى الرهن فى النصف الآخر مشاعًا، فعلم أن تمكن الشيوع فى الثانى حق المرتهن مانع صحة الرهن؛ لتمكنه فى الحال، وصح أن طريق تصحيح هذا العقد ما قلنا.

الثامنة: القرض: فاعلم بأن قرض المشاع جائز، ولا يوجد لهذه المسألة رواية إلا فى كتاب المضاربة، وصورة ما ذكر فى كتاب المضاربة: إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم، وقال: نصفها عليك قرض، ونصفها مضاربة بالنصف، فهو جائز على ما سمى؛ لأنه جمع بين عقدين على المشاع، ولو أفرد كل واحد منهما على المشاع يجوز

حتى لو قال: دفعت إليك نصف هذه الألف قرضًا يجوز، وكذا إذا قال: دفعت إليك نصف هذه الألف مضاربة يجوز، فيجوز إذا جمع بينهما أيضًا، وفيه طعن أبى القاسم الصفار، وإذا جاز هذا العقد كان لكل نصف حكم نفسه، ومن حكم القرض أنه إذا هلك بعض القبض يهلك على المستقرض، ومن حكم المضاربة أن رأس المال إذا هلك فى يد المضارب يهلك أمانة، فإذا قال: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض لى عليك أن تعمل بالنصف الآخر مضاربة على أن الربح كله لى، فإنه يجوز ويكره؛ لأنه قرض جر منفعة؛ لأنه شرط مع المثل لنفسه عملا فى ماله، ولو قال: خذ هذه الألف على أن نصفها قرض لى عليك، ونصفها مضاربة لتعمل فيه بالنصف، فهو جائز، ولم يذكر الكراهة ههنا.

فمن مشايخنا من قال: ذكر الكراهة ثمة يكون ذكر الكراهة ههنا؛ لأن القرض فى الموضعين جميعًا جر منفعة، ومنهم من قال: سكوت محمد رحمه الله عن ذكر الكراهة ههنا دليل على أن لا كراهة ههنا، وإنما جاء الفرق لاختلاف الموضع، ذكر فى هذه المسألة أنه دفع إليه ألف درهم، وقال: نصفها قرض عليك، ونصفها معك مضاربة بالنصف، فقد عطف المضاربة على القرض، ولم يجعلها شرطًا فى القرض، وإذا لم تصر المضاربة شرطًا، كان هذه منفعة حصلت للمقرض من غير شرط القرض، وفى المسألة المتقدمة جعل المضاربة شرطًا فى القرض، فإنه قال: وعلى أن يعمل بالنصف الآخر مضاربة، وكلمة على شرط، فصارت المضاربة شرطًا فى القرض، فكان هذا قرض جرّ منفعة شرطت فى القرض، والمكروه منفعة شرطت فى القرض لا مطلق المنفعة، لكن هذا ليس بصحيح، فقد ذكر القدورى فى شرحه: إذا دفع إليه ألف درهم على أن نصفها قرض عليه، ويعمل بالنصف الآخر على أن الربح للدافع، ذكر أنه مكروه مع أنه لم يجعل المضاربة شرطًا فى القرض.

التاسعة: الغصب: واعلم بأن بعض المتأخرين من مشايخنا أنكروا تحقق الغصب فى المشاع، وبه كان يفتى ركن الدين أبو الفضل الكرمالى والصدر الشهيد حسام الدين، وقد ذكر محمد رحمه الله فى الجامع فى كتاب الشركة ما يدل على أن الغصب فى المشاع متصور، فإنه قال: رجلان غصبا من رجل عبدًا قيمته ألف درهم، فازدادت قيمته فى

أيديهما، فصارت ألفي درهم، ثم غصبه رجل آخر منهما، ومات في يد الغاصب الثاني، ثم حضروا جميعًا، فالمولى بالخيار إن ضمن الغاصبين الأولين ألف درهم، وإن شاء، ضمن الغاصب الثاني ألفي درهم، فإن ضمن الأولين، رجعا على الثاني بألفي درهم؛ لأنهما ملكًا العبد بأداء الضمان من وقت الغصب السابق، فتبين أن الثاني غصب ملكهما، ثم إذا أخذا منه ألفي درهم يطيب لهما إحدى الألفين، ويتصدقان بالألف الأخرى، ولو لقي أحد الغاصبين، وضمنه نصف قيمته، تم البيع في نصيبه، ووجب له نصف الثمن؛ لأنه ثبت الملك له في النصف الذي غصبه بأداء الضمان من وقت الغصب السابق.

العاشرة: أن يكتب في بيع المشاع: باع سهمًا واحدًا من كذا سهمًا بحدود هذا السهم.

حكي عن الشيخ الإمام أبي الحسن السغدي: أنه قال: مشايخنا بسمرقند يقولون: إنه يوجب الفساد؛ لأنه يوهم الإقرار؛ لأن المفرز يكون له الحدود المعلومة دون المشاع، قال شيخ الإسلام هذا: والصحيح عندي أنه لا يوجب الفساد، وقد ذكر الفقيه أبو جعفر الطحاوي في شروطه: رجل اشترى منه النصف من كذا بحدود هذا النصف قال رحمه الله: سمعت السيد الإمام الأجل أبا شجاع يقول: لا أحفظ عن والدي في هذه المسألة شيئًا، ولا رواية عن أصحابنا في ذلك، فذكرت له ما ذكره الطحاوي، فاستحسنه وأخذ به، وهذا لأنه ليس في ذكر حدوده ما يدل على الإفراز، ألا ترى أن ذكر السهم لا يدل على الإفراز، فذكر الحد كذا يكون -والله أعلم-.

كتاب فيه مسائل الغرور

هذا الكتاب يشتمل على أنواع :

نوع فى النكاح:

٢١٠٧٦- قال محمد رحمه الله فى "الأصل" : إذا سمى الرجل امرأة بغير اسمه ، وانتسب لها إلى غير نسبه ، فلما زوجت نفسها إياه ، علمت بذلك ، فهذه المسألة على وجهين : الأول : أن يكون النسب المكتوم أفضل مما أظهر لها ، بأن أخبرها أنه عربى ، فإذا هو قرشى ، وفى هذا الوجه لا خيار لها ولا لوليها ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أن لها الخيار ، وكذا فى "المجرد" . وفى "المنتقى" الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله : إذا تزوج امرأة على أنه مولى ، فإذا هو قرشى ، فلها الخيار .

الوجه الثانى : أن يكون النسب المكتوم أدون مما أظهر ، وإنه على قسمين : إن كان مع هذا النسب المكتوم كفءً لها بأن تزوج عربية على أنه قرشى ، فإذا هو عربى ، وفى هذا القسم لا خيار لأوليائها ؛ لأن حق الأولياء فى الكفاءة لا غير حتى لا ينتسب إليهم من لا يكافئهم بالصهرية ، وهذا الحق صار مؤدى ، ولها الخيار عند علمائنا الثلاثة ؛ لأن ذل الاستفراش من جانبها وهى إنما رضيت بتحمل هذا الذل ممن هو فوقها لا ممن هو مثلها ، فبقيت لها الخيار لانعدام تمام الرضا ، وذكر الكرخى فى جامعه أنه لا خيار لها .

القسم الثانى : إن لم يكن مع هذا النسب المكتوم كفءً لها بأن تزوج امرأة قرشية على أنه قرشى ، فإذا هو من الموالى ، أو من العرب ، وفى هذا القسم لها الخيار ، وإذا رضيت به ، فللأولياء الخيار .

٢١٠٧٧- وفى "المنتقى" : الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله : إذاتزوج امرأة على أنه فلان بن فلان ، فإذا هو أخوه أو عمه ، فلها الخيار .

٢١٠٧٨- وفى "الأصل" أيضًا : وإذا سميت امرأة لرجل بغير اسمها ، وانتسب

إلى غير نسبها، فلما تزوجها الرجل، علم بذلك، فلا خيار له ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، وذكر هشام في "نوادره" عن أبي يوسف رحمه الله: إذا تزوج امرأة على أنه قرشية، فإذا هي نبطية، فله الخيار، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا خيار له.

٢١٠٧٩- قال محمد رحمه الله في "الأصل": أمة أتت إلى رجل وأخبرته أنها حرة، فتزوجها على أنها حرة، فولدت له أولادًا، ثم جاء مولاها، وأقام بينة على أنها أمته قضى القاضي بالجارية وأولادها للمولى إلا أن يقيم الزوج بينة على أنها تزوجته على أنها حرة، أما القضاء بالجارية فلأن الجارية عين ماله، وأما القضاء بالأولاد فلأن الأولاد فرع الجارية وجزءها، وجزء المملوك مملوك لصاحب الجارية إلا أن يظهر سبب الحرية، وذلك الغرور ههنا غير أن الغرور لا يثبت بمجرد دعوى الزوج، بل يشترط إقامة البينة عليه، فإذا أقام الزوج بينة على أنها تزوجته على أنها حرة، فقد ثبت الغرور ههنا، فلا يقضى بالأولاد للمولى، بل يجعله أحرارًا بالقيمة؛ لأن ولد الغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة؛ لأنه علق حرًّا في حق المستولد؛ لأنه لم يرضَ برق ماءه، وعلق رقيقًا في حق المستحق؛ لأنه متولد من ذات مرقوق[1] إلا أن الشرع جعله حرًّا بالقيمة نظرًا للجانبين ومراعاة للطرفين، وطريقه أن ولد المغرور علق رقيقًا في حق المستحق، وصار الزوج بائعًا الولد من المستحق بما ثبت له فيه من الحق، وهو الحرية ومنع الملك عن المالك بعد الطلب سبب وجوب الضمان، ولهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأن وجوب الضمان على المستولد باعتبار منع الملك عن المالك، والمنع إنما يتحقق عند الخصومة، فتعتبر القيمة يوم الخصومة لهذا، ويكون قيمة الولد على المستولد في ماله، ومن مات من الأولاد قبل الخصومة لا يضمن المستولد شيئًا من قيمته؛ لما ذكرنا أن ولد المغرور علق رقيقًا في حق المستحق حرًّا في حق المستولد، ولو علق رقيقًا في حق المستحق والمستولد بأن كان المستولد غاصبًا لا يضمن من مات من الأولاد قبل الخصومة والطلب، إنما يضمن من مات من الأولاد بعد الخصومة والطلب، فههنا أولى.

٢١٠٨٠- ومن قتل منهم خطأ، فقضى للأب بديته، فإذا قبضها يقضى عليه بقيمته؛ لأنه سلم له البدل لما قبض الدية، وسلامة البدل كسلامة المبدل وهو الولد،

---

(١) وفي م "موقوف".

ويضمن قيمة الولد يوم القتل، وينبغى أن يضمن قيمته يوم الخصومة؛ لأن المنع بعد الطلب إنما يتحقق يوم الخصومة، ومنع البدل منع المبدل حكمًا، والجواب أن يقول: إيجاب القيمة يوم الخصومة ويوم منع البدل متعذر؛ لأنه لا قيمة للولد يوم الخصومة ويوم منع الولد؛ لأنه ميت، ولا قيمة للميت، فاعتبرنا قيمته فى آخر يوم يمكن تقويمه إذا منع البدل، وذلك آخر يوم القتل بخلاف ما لو كان الولد قائمًا؛ لأن تقويمه ممكن يوم الخصومة ويوم المنع ثمة، غير ممكن ههنا، وإن لم يقبض شيئًا من دية الولد لا يقضى عليه بقيمة الولد؛ لأنه لم يسلم له الولد بنفسه ولا ببدله ولا يصير بائعًا الولد لا بنفسه ولا ببدله، فلهذا لا يقضى عليه بقيمة الولد؛ لأن الولد رقيق فى حق المستحق حكمًا واعتبارًا، ويشترط لإيجاب الضمان على المستولد للمستحق أن يسلم له بدله رقيقًا، وقد سلم له ذلك متى قبض قدر قيمته، وإن مات المستولد وعليه ديون، يكون المستحق أسوة لغرماءه فى ذلك؛ لأن قيمة الولد دين على الميت المستحق كسائر الديون عليه الغرماء.

قال: ولا يكون الولاء[1] لمولى الجارية وإن علق رقيقًا فى حق مولى الجارية؛ لأنه إنما اعتبر رقيقًا فى حق المستحق، فيمكن إيجاب الضمان على المستولد؛ لأنه لو اعتبر حرًا فى حقه، لا يمكن إيجاب الضمان على المستولد، فظهر رقه فى حق المستولد فى إيجاب الضمان لاغير، والولاء ليس من إيجاب الضمان فى شيء، فلا يظهر رقه فى حق هذا الحكم، وفى حق المستحق.

فالحاصل ولد المغرور حر فى حق غير المستحق فى حق جميع الأحكام، وفى حق المستحق رقيق فى حق إيجاب الضمان حر فى حق ما سواه من الأحكام، وعن هذا قلنا: إن للمستحق أن يضمن المستولد قيمة الولد، وإن كان ذا رحم محرم من الولد، ولم يجعل حرًا من جهة المستحق بالقرابة حتى لا يضمن المستولد لهذا، إنما يعتبر رقيقًا فى حق المستحق فى حق إيجاب الضمان لا غير، وعتق الولد على المستحق بحكم القرابة ليس من الضمان فى شيء، فيعتبر حرًا فى حق هذا الحكم، فلا يعتق بحكم[2] القرابة.

وإن لم يكن للزوج بينة على أنها تزوجته على أنها حرة، وطلب يمين المستحق على

---

(١) وفى ظ "الولد".

(٢) وفى ظ "بحق القرابة".

ذلك لا يحلف، وإنما يحلف على العلم بذلك؛ لأنه لو ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف، وإنما يستحلف على العلم؛ لأنه استحلاف على فعل الغير.

٢١٠٨١- قال: وإذا أخبر رجل غيره عن امرأة أنها حرة، فتزوجها ذلك الغير على أنها حرة، وولدت[1] له ولداً، ثم استحقها رجل، وجعل القاضى الولد حراً بالقيمة بالطريق الذى مر، فهذه المسألة على وجهين: إن زوجها المخبر به على أنها حرة، فالمستولد يرجع بقيمة الولد على المخبر؛ لأنه ضمن له بسلامة الولد فى ضمن عقد المعاوضة، وإن لم يكن المخبر زوجها منه، لكن المرأة زوجت نفسها على أنها حرة، فالمستولد يرجع عليها بقيمة الولد بعد العتق، أما أصل الرجوع عليها فلأنه صار مغروراً من جهتها، وأما الرجوع عليها بعد العتق، فلان ضمان الغرور ضمان قول، والأمة محجور عليها، والمحجور لا يؤاخذ بضمان القول للحال، وإنما يؤاخذ به بعد العتق.

٢١٠٨٢- مكاتبة زوجت نفسها على أنها حرة، ثم ظهر أنها مكاتبة، فإن المستولد يضمن للمكاتبة فى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر، وكان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول: لايضمن للمكاتبة شيئًا، ووجه ذلك أن المستولد لو ضمن للمكاتبة قيمة الولد لكان له أن يرجع على المكاتبة ثانيًا؛ لأنها هى الغارة، فكان إيجاب الضمان لها عليه لا يفيد، ثم رجع عن هذا وقال: يضمن قيمة الأولاد؛ لأن التضمين مفيد؛ لأن المستولد يضمن بها للحال؛ لأن ما يجب على المغرور من ضمان الأولاد يجب حالا، وما يجب على المكاتب من الضمان للمغرور يجب مؤجلا؛ لأنه ضمان لزم المحجور بالقول؛ لأن هذا ضمان يثبت بالنكاح والمكاتبة محجورة عن النكاح عند علماءنا الثلاثة، وكل ضمان يلزم المحجور بالقول، فإنه يتأخر إلى ما بعد العتاق، فيكون الضمان مفيداً.

نوع آخر
فى الغرور فى الملك:

٢١٠٨٣- وإذا اشترى الرجل أمة شراء فاسداً أو جائزاً، أو ملكها بهبة، أو صدقة، أو وصية، فولدت له أولاداً، ثم استحقها رجل، فإنه يقضى للمستحق بالجارية

(١) وفى م "ووارث له ولد".

وأولادها ؛ لأن الأولاد فرع ملكه ، فيكون له إلا إذا ثبت غرور المستولد ، ولا بد لذلك من البينة على الشراء والهبة ، أو ما أشبه ذلك ، أما إذا أقام المشترى البينة على ذلك ، ثبت غرور المستولد ؛ لأنه وطئها على حسبان أنها ملكه بناء على دليله ، وهو الشراء والهبة ، وهذا هو حد الغرور ، وولد المغرور حر بالقيمة ، فيقضى القاضى للمستحق بالجارية وبقيمة الولد ، ويقضى له بعقر الجارية أيضًا ؛ لأن المستولد وطئ ملك الغير ، وقد سقط الحد لمكان الشبهة ، فيجب العقر ، ولا يرجع المشترى على مملكها بالعقر بائعًا كان أو واهبًا عندنا ، وهل يرجع عليهم بقيمة الولد؟ ففى فصل المشترى يرجع ، وفى فصل الهبة ونظائرها لا يرجع .

وعلى هذا إذا نقض المستحق بناء أحدثه المشترى فى الأرض المشتراة أو قلع الأشجار التى غرسها المشترى فيها ، هل يرجع بقيمة ذلك على مملكه؟ ففى الهبة وأشباهها لا يرجع ، وفى الشرائع يرجع ، فالحاصل أن مجرد الغرور لا يصلح سببًا للضمان والرجوع ، ألا ترى أن من قال لغيره : اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن ، فسلك ، وأخذ ماله ، لا ضمان على المخبر وقد حصل الغرور منه ، وإنما الضمان والرجوع بضمان السلامة ، إما نصّا بأن قال : اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن ، فإن أخذ مالك ، فأنا ضامن مالك ، وما ذكر من الجواب فى قوله : فإن أخذ مالك ، فأنا ضامن مخالف لما ذكره القدورى أن من قال لغيره : من قتلك من الناس؟ من غصبك من الناس؟ من بايعك من الناس؟ فأنا ضامن لك ، فهذا باطل ؛ لأن هذا ضمان مجهول ، وفى مسألتنا هذه ضمان مجهول . أو ضمان صفة السلامة فى ضمن عقد المعاوضة كما فى الشراء ، وأشباهه من عقود المعاوضات ، وهذا لأن البائع بالبيع ضمن سلامة المبيع للمشترى ؛ لأن المشترى ضمن له سلامة الثمن ، فيكون البائع ضامنًا للمشترى سلامة البيع ؛ لأن هذا عقد معاوضة ومعاملة ، ولأجل ذلك ثبت للمشترى حق الرد بالعيب ، وضمان سلامة المبيع ، فيكون ضمانًا لسلامة الزوائد بطريق التبعية ، ولم يسلم الزوائد للمشترى لما ضمن قيمتها للمستحق ، فيرجع على البائع بذلك بحكم الضمان ، فأما الواهب فلم يضمن سلامة الموهوب للموهوب له ؛ ليصير ضامنًا بسلامة الزوائد بطريق التبعية ؛ لأن ضمان سلامة المبيع عن البائع بمقابلة ضمان صاحبه سلامة البدل من جانبه ، ولا بدل فى عقود التبرع حتى يثبت ضمان سلامة المعقود عليه على العاقد بمقابلته ، وإذا لم يثبت ضمان السلامة

من الواهب فى ضمن العقد دلالة ولا نصّا، حيث لم يقل: ضمنت لك سلامة الموهوب، فلو ثبت حق الرجوع للموهوب له يثبت بمجرد الغرور، ومجرد الغرور لا يصلح لذلك.

فإن كان المشترى باع الأمة من رجل آخر، واستولد هذا المشترى الثانى، ثم استحقها رجل آخر، وأخذ الجارية وقيمة الأولاد من المشترى الثانى، فرجع المشترى الثانى على المشترى الأول بقيمة الأولاد، فالمشترى الأول لا يرجع على البائع بقيمة الأولاد على قول أبى حنيفة رحمه الله، وبه يرجع على قولهما، حجتهما أن البائع الأول ضمن للمشترى الأول سلامة الأولاد، ولم يسلم حين أخذ منه قيمة الأولاد، والدليل عليه أن المشترى الأول فى هذه الصورة يرجع على بائعه بالثمن، وإنما يرجع إذا ضمن له سلامة المبيع، ولم يسلم لما رجع المشترى الثانى عليه بالثمن.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن البائع الأول ضمن للمشترى الأول سلامة الأولاد لا للمشترى الثانى؛ لأن ضمان السلامة فى ضمن المبيع، وإنما يثبت ضمان سلامة الأولاد للمشترى الثانى فى ضمن البيع الثانى، والبيع الثانى مقصور على البائع الثانى أيضًا، ألا ترى أن تسليم المبيع إلى المشترى الثانى لما وجب بالبيع الثانى، وجب التسليم على البائع الثانى، لا على البائع الأول بخلاف الثمن؛ لأن البائع الأول ضمن للمشترى الأول سلامة ما باع منه، ولم يسلم له ذلك لما رجع الثانى عليه بالثمن.

٢١٠٨٤- وعلى هذا الاختلاف مسألة البناء والغرس، وصورتها: رجل اشترى من آخر دارًا، وباعها من غيره، فبنى المشترى الثانى فيها بناء واشترى أرضًا، وباعها من آخر، وغرس المشترى الثانى فيها أشجارًا، أو زرعها، ثم استحقت الدار من يد المشترى الثانى أو الأرض من يده، ورجع المشترى الثانى على المشترى الأول بقيمة البناء والغرس والزرع، فالمشترى الأول هل يرجع على بائعه بذلك؟ على قول أبى حنيفة رحمه الله: لا يرجع، وعلى قولهما: يرجع، ومسألة البناء والغرس والزرع مع فروعها فى كتاب البيوع.

٢١٠٨٥- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": فى عبد لرجل مقر له بالعبودية باعه من رجل، وقال العبد للمشترى: اشترنى، فإنى عبد فاشتراه، فإذا هو حر

لا سبيل لمشترى العبد عليه إذا كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة، وإذا كان البائع لا يدرى أين هو؟ يرجع المشترى بالثمن على العبد، وعن أبى يوسف رحمه الله: أنه لا يرجع بالثمن على العبد بحال ما، ووجه ذلك أن وجوب ضمان الثمن بالمعاقدة أو بالكفالة عن العاقد، ولم يوجد شيء من العبد إنما الموجود الإخبار بكونه عبداً، وإنه لا يوجب ضمان الثمن، ألا ترى أن أجنبيّا لو قال للمشترى: اشتر هذا العبد، فاشتراه، فإذا هو حر لا يرجع المشترى عليه بالثمن، وطريقه ما قلنا، وألا ترى أن العبد إذا قال لرجل: ارتهنى فإنى عبد، فارتهنه، فإذا هو حر لا يرجع المرتهن على العبد بدينه، كذا ههنا.

وجه ظاهر الرواية: أن العبد ضمن للمشترى سلامة نفسه، أو سلامة الثمن من مال نفسه متى تعذر استيفاءه من البائع، وقد تعذر إذا غاب البائع غيبة لا يدرى أين هو؟ ويرجع المشترى بالثمن على العبد بحكم الضمان كالمولى إذا قال لأهل السوق: بايعوا عبدى هذا، فإنى قد أذنت فى التجارة، فبايعوه ولحقه ديون، ثم استحق العبد، فإن أصحاب الديون يرجعون على المولى بقيمة العبد، وجعل المولى ضامناً لهم سلامة حقوقهم فى نفسه عند تعذر الاستيفاء من مالية العبد، بيانه أن المشترى إذا رغب فى الشراء اعتماداً على أمر العبد إياه به، وعلى إخباره أنه عبد، فيجعل العبد ضامناً سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه نفيًا للغرور، وإذا كان العبد ضامنًا سلامة البدل عند عدم سلامة نفسه، كان للمشترى حق الرجوع على العبد بحكم الضمان، فيمكن جعل العبد ضامنًا للسلامة؛ لأن المبيع معاوضة يستحق به السلامة، فيمكن أن يجعل الأمر به ضامنًا للسلامة على ما هو موجبه نفيًا للغرور، ولا كذلك الرهن؛ لأنه شرع لملك الحبس من غير عوض ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير عوض، فلا يمكن أن يجعل الآمر ضامنًا السلامة.

أو نقول: الثمن يجب بالبيع، فجاز أن يكون الآمر به ضامنًا، أما الدين فلا يجب بعقد الرهن، بل هو واجب قبل عقد الرهن، فلا يكون الأمر به ضامنًا السلامة، ومن هذا الجنس صارت واقعة الفتوى، وصورتها بالفارسية مردها قصاب از جلابى گوسفند خريد، وخريدهٔ گوسفند مفلس آمد ولى جلاب فروش رفت وقصاب مفلس از جلاب

ديگر گوسفندان خريد خواست جلاب اول جلاب دوئم را گفت گوسفندان بقصاب فروش كه او مردينكوست فروخت جلاب اول گوسفند آن را از قصاب خريد بحساب زر خويش باز جلاب دوئم را معلوم شد كه قصاب مفلس است خير است كه رجوع كنيد جلاب اول بحكم غرور كه جلاب دوئم برگفت جلاب اول اعتماد كرد كه آن مرد نيكو است، فاتفقت الأجوبة أنه ليس له حق الرجوع استدلالا بالمسألة التى ذكرها أبو يوسف رحمه الله على طريق الاستشهاد فى مسألة "الجامع الصغير" إذا باع من آخر جارية غيره وتقابضا، ثم اختلف البائع والمشترى، فقال البائع: بعتها بغير أمر صاحبها، وقال المشترى: لا، بل بعتها بأمر صاحبها، فالقول قول المشترى، والمسألة معروفة، فلو أن المشترى استولدها، ثم استحقها إنسان، قال أبو يوسف رحمه الله: يأخذ المولى الولد عبدًا له مع الجارية؛ لأن المشترى ليس بمغرور.

٢١٠٨٦- قال هشام: سمعت محمدًا رحمه الله يقول: رجل اشترى من صبى لم يأذن له أبوه أو وصيه فى التجارة جارية، فأولدها المشترى، ثم استحقها إنسان، فإنه يأخذ الجارية والولد رقيقًا، والنسب ثابت، وكذا لو اشتراها من عبد محجور.

٢١٠٨٧- قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن غلام لم يبلغ الحلم باعه إنسان، وأقر هو أنه مملوك، وهو يعبر عن نفسه، ثم استحق بالحرية، وغاب لا بائع لا يدرى أين هو؟ هل يرجع المشترى على الغلام بالغرور؟ قال: لا، قلت: والرجل الذى اشترى عبدًا قد أقر على نفسه بالرق، وغاب البائع، وقبض المشترى العبد، ولم ينقد الثمن، والقاضى أعتق العبد؛ لأنه كان حرًا الأصل، هل يشهد القاضى على براءة المشترى عن الثمن، والبائع غائب؟ قال: نعم.

نوع آخر:

٢١٠٨٨- إذا اشترى الرجل أم ولد لرجل أو مدبرة أو مكاتبة من أجنبى غير المولى، فوقع عليها، فجاءت بولد، فعلى المستولد قيمة الولد، وعقرها لمولى المدبرة وأم الولد، وعليه قيمة الولد، وعقرها للمكاتبة، وهذا الجواب ظاهر فى حق المدبرة؛ لأن ولد المدبرة فى حق المستحق يعتبر مدبرًا حكمًا ضرورة إمكان إيجاب الضمان له كما اعتبر

ولد القنة قنًا فى حق المستحق ضرورة إمكان إيجاب الضمان، فيضمن المغرور؛ لأن المدبرة تضمن بالبيع والغصب وضمان الغرور ضمان منع، وغصب فى حق المستحق لا ضمان إعتاق، ولهذا وجبت على المغرور قيمة الأولاد موسرًا كان أو معسرًا.

وفى حق أم الولد هذا الجواب ظاهر أيضًا على قولهما؛ لأن ولد أم الولد يعتبر ولد أم الولد فى حق المستحق، وولد أم الولد يضمن بالبيع والغصب عندهما، فيضمن بالغرور أيضًا، مشكل على قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن ولد أم الولد لا يضمن بالبيع والغصب عنده كأم الولد، فكيف يضمن بالغرور، وفى المكاتبة هذا الجواب مشكل على قولهم جميعًا؛ لأن ولد المكاتبة فى حق المستحق يعتبر مكاتبًا بمثل حال الأم إلا أن المستولد قد حصل للمكاتبة ما هو مقصودها من عقد الكتابة فى حق الولد، فإن مقصودها من عقد الكتابة عتقها وعتق ولدها، ولهذا قلنا: إن المولى إذا أعتق ولد المكاتبة لا يضمن للمكاتبة شيئًا عندهم جميعًا، فيجب أن لايضمن المغرور للمكاتبة قيمة الولد؛ لأنه حصل للمكاتبة ما هو مقصودها من عقد الكتابة.

والجواب: إيجاب ضمان الولد بالغرور ثابت بإجماع الصحابة، فإنهم أجمعوا على أن ولد المغرور حر بالقيمة بلا تفسير إلا أن إيجاب ضمان الولد فى بعض المواضع حصل على موافقة القياس كما فى ولد العبد والمدبرة، ولأن المستولد منع مالا متقومًا عن المستحق، فكان ضامنًا بالنص والقياس، وفى أم الولد الضمان على قول أبى حنيفة رحمه الله. وفى المكاتبة على قولهم ثابت بإجماع الصحابة بخلاف القياس فى الوجه الذى قلنا، وإثبات الحكم نصًا بخلاف القياس جائز.

٢١٠٨٩- رجل اشترى جارية مغصوبة، وهو يعلم بكونها مغصوبة، أو تزوج امرأة على أنها حرة، وهو يعلم بكونها أمة استولدها، فالولد رقيق يأخذه صاحب الجارية؛ لأن المستولد لم يصر مغرورًا ههنا حيث علم بحقيقة الحال، ولو اشتراها، وهو يعلم أنها لغيره، فقال البائع: إن صاحبها وكلنى ببيعها، أو أوصى إلى ومات، فباعها منه على ذلك، فاستولدها، ثم حضر المالك، وأنكر الوكالة، فله أن يأخذها وقيمة الولد؛ لأن المشترى صار مغرورًا ههنا؛ لأنه وطئها على تقدير أنها ملكه؛ لأن قول الواحد حجة فى المعاملات وما أخبر به لو كان حقًا كان الجارية مملوكة للمشترى، فيرجع المشترى على

البائع بالثمن، وبما غرم من قيمة العبد؛ لأن البائع صار ملتزمًا سلامتها وسلامة ولدها بالطريق الذى تقدم ذكرها فيما إذا أخبر أنه يبيع ملكه.

نوع آخر
فى الوكالة:

٢١٠٩٠- لو أن رجلا وكل رجلا أن يشترى له جارية، فاشتراها ونقد الثمن من مال الموكل، واستولدها الموكل، ثم استحقت الجارية أخذها المستحق مع قيمة الولد، والعقر من المستولد لا من الوكيل؛ لأن الموكل كالمشترى من البائع من وجه باعتبار الملك، والوكيل نائب عنه فى حق الملك، وكالمشترى من الوكيل من وجه باعتبار الحقوق، والوكيل بالشراء أصل فى حق الحقوق كأنه اشترى لنفسه، ثم باعه من موكله، وأى الأمرين اعتبرنا كان للمستحق أن يضمن المستولد قيمة الولد، ويرجع المستولد على البائع بثمن الجارية وقيمة الولد، والوكيل هو الذى يلى الخصومة مع البائع فى ذلك؛ لأن الموكل كالمشترى بنفسه من البائع من وجه، وكالمشترى من الوكيل من وجه، فمن حيث إنه كالمشترى من البائع يستحق الضمان فى ذمة البائع، لا فى ذمة الوكيل، ومن حيث إنه كالمشترى من الوكيل يكون المطالب بإيفاء ذلك هو الوكيل توفيرًا على الأمرين حظهما بقدر الإمكان.

فإن أنكر البائع البيع من المستولد أو قال: لم يشتر هذا منى، فأقام المستولد بينة أن فلانًا اشترى هذه الجارية من هذا الرجل بأمرى، ونقد الثمن من مالى صار المشترى مغرورًا من جهة البائع، وكان له الرجوع على البائع بالثمن وقيمة الولد، والوكيل هو الذى يلى الخصومة مع البائع فى ذلك، فإن شهد شهود المستولد على المشترى، ولم يشهدوا على أن المستولد أمر المشترى بذلك، وإنما شهدوا على أن المشترى أقر أنه اشتراها لفلان بأمره، فهذا على وجهين: الأول: أن يشهد الشهود أن المشترى أقر قبل الشرى أو حالة الشراء أنه يشتريها لفلان، وفى هذا الوجه يصير المستولد مغرورًا من جهة البائع، فكان له الرجوع بقيمة الولد على البائع؛ لأن الإقرار بالتوكيل حصل فى حال يصح التوكيل، فصح الإقرار، وإذا صح الإقرار به صارت الوكالة الثابتة بالإقرار كالثابتة

بالبينة، ولو ثبت الوكالة بالبينة كان للمستولد أن يرجع بقيمة الولد على البائع، فكذا ههنا.

الوجه الثانى: أن يشهد الشهود أن المشترى أقر بعد الشراء أنه اشتراها لفلان، وفى هذا الوجه لا يكون للمستولد الرجوع على البائع بالثمن وبقيمة الولد؛ لأن إقرار المشترى بالوكالة فى هذا الوجه لم يصح؛ لأنه أقر بها فى حال لا يصح التوكيل، وإذا لم يصح هذا الإقرار لم يثبت الأمر، فلم يصر المستولد مشتريًا من البائع بوجه من الوجوه، فلا يصير مغرورًا من جهته، فلا يكون له حق الرجوع على البائع لا بالثمن، ولا بقيمة الولد.

نوع آخر:

٢١٠٩١- رجل استولد أمة فاستحقها رجل فقال المستولد: اشتريتها من فلان بكذا ونقدته الثمن، وصدقه فلان فى ذلك، وكذبهما المستحق، فالقول قول المستحق؛ لأن سبب استحقاق عين الولد ظاهر وهو استحقاق الجارية، فالمستولد مع البائع يريدان إبطال حقه عن عين الولد، فلا يصدقان على ذلك، لكن يحلف المستحق بالله ما نعلم أنه اشتراها من هذا؛ لأنه لو أقر به يكون الولد حرًا بالقيمة، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول الذى هو إقرار، ولو أن المستحق أقر بهذا الشراء، وجحد البائع يكون الولد حرًا، وعلى المستولد قيمة الولد؛ لأن المستحق مع المستولد تصادقا على حرية الولد وعلى وجوب قيمته على المستولد، وتصادقهما على ذلك حجة فى حقهما، لكن لا يرجع المستولد على البائع لا بالثمن ولا بقيمة الولد؛ لأن تصادقهما لا يعمل فى حق البائع بشىء، ولو جحد المستولد والبائع البيع والشراء، وأقر المستحق بهما يكون الولد حرًا بإقرار المستحق، ولا يجب على الأب قيمته؛ لأن المستحق أقر بحرية الولد، وإنه إقرار على نفسه بحريته، وإيجاب القيمة على المستولد، وإنه إقرار على الغير بقيمة الولد، فما كان على نفسه يصح، وما كان على غيره لا يصح.

نوع آخر:

٢١٠٩٢- وإذا كان للرجل ألف درهم فى يدى رجل مضاربة بالنصف، فاشترى المضارب بها جارية تساوى ألف درهم، فوقع عليها المضارب فولدت، ثم استحقها رجل يكون الولد حرّا بالقيمة، فيأخذ المستحق عين الجارية وعقرها، وقيمة الولد من المضارب؛ لأن المضارب وطئها على حسبان أن ربعها ملكه، وذلك حصة من الربح، وإنه يكفى لعلوق الولد حر الأصل، فلم يصر راضيًا برق ماءه، وكان مغرورًا فيرجع على المضارب بقيمته، ثم المضارب يرجع على البائع بالثمن، وذلك ألف، وتكون الألف على المضاربة كما كان؛ لأنها بدل مال المضاربة، ويرجع أيضًا على البائع بربع قيمة الولد؛ لأنه صار مغرورًا من جهة البائع؛ لأنه اشترى الربع منها لنفسه، ويكون ذلك للمضارب خاصة، ولا يكون على المضاربة؛ لأنه عوض عما أدى بمقابلة الولد، وما أدى بمقابلته كان ماله، ولم يكن مال المضاربة، ولا يرجع المضارب بثلاثة أرباع قيمته، لا على البائع، ولا على رب المال.

٢١٠٩٣- هذا إذا كان فى قيمة الجارية فضل على رأس مال المضاربة، أما إذا لم يكن فيها فضل على ذلك، بأن كانت قيمة الجارية ألف درهم، وباقى المسألة بحاله، فإن المستحق يأخذ الجارية وولدها؛ لأن المضارب لم يصر مغرورًا ههنا؛ لأن وطء الجارية مع علمه أن لا ملك له فيها ينافى الغرور.

٢١٠٩٤- هذا إذا استولدها المضارب، أما إذا استولدها رب المال، ثم استحقت الجارية كان الولد حرّا بالقيمة، سواء كان فى قيمتها فضل على رأس المال بأن كان قيمتها ألفى درهم، أو لم يكن، بأن كان قيمتها ألف درهم؛ لأن المستولد[1] وطئها على أن جميعها ملكه إن لم يكن فيها فضل، وعلى أن ثلاثة أرباعها ملكه إن كان فيها فضل، فصار مغرورًا، ثم يرجع على البائع بالثمن، وبجميع قيمة الولد إن لم يكن فيها فضل.

والمضارب هو الذى يلى الخصومة؛ لأن المضارب صار مشتريًا كل الجارية لرب المال إذا لم يكن فيها فضل، وهذا الفضل وفضل الوكيل سواء، ثم رجع المضارب على

---

(١) هكذا فى ظ وف، وكان فى الأصل وم "المولى".

البائع بالثمن، وبقيمة الأولاد وقيمة الأولاد تكون للمولى خاصة، والثمن يكون على المضاربة، وإن كان فيها فضل، فرب المال يرجع عليه بالثمن وبثلاثة أرباع قيمة الولد؛ لأن المملوك له من جهة البائع هذا القدر وهو قدر رأس المال، وحصة من الربح، وأما الربح الآخر: فقد اشتراه المضارب لنفسه، فصار رب المال مغرورًا من جهة البائع فى ثلاثة أرباع الجارية، فيرجع عليه بقيمة ثلاثة أرباع الولد لهذا، ويكون ذلك لرب المال.

نوع آخر:

٢١٠٩٥- قال: وإذا اشترى الرجلان جارية، ثم إن أحدهما وهب نصيبه من شريكه، وولدت أولادًا استحقها رجل آخر، وأخذها وقيمة أولادها، رجع المستولد بنصف الثمن وبنصف قيمة الأولاد على بائعه، ولا يرجع على الواهب بشىء؛ لأن المستولد صار مغرورًا فى النصف من جهة البائع، فيرجع بنصف الثمن وبنصف قيمة الأولاد عليه اعتبارًا للبعض بالكل، وبالنصف صار مغرورًا من جهة الواهب، فلا يرجع عليه فى ذلك النصف بشىء، كما لو صار مغرورًا فى الكل من جهته، ويرجع الواهب على بائعه بنصف الثمن؛ لأن المبيع لم يسلم له، فلا يرجع عليه بشىء من قيمة الأولاد؛ لأن الواهب لم يغرم شيئًا من قيمة الأولاد لأحد.

٢١٠٩٦- قال: وإذا اشترى الرجلان أمة من رجل وولدت ولدًا، وادعاه أحدهما، وغرم نصف قيمتها، ونصف عقرها لشريكه، ثم استحقها رجل آخر، قضى القاضى للمستحق بقيمة الولد والعقر؛ لأنه صار مغرورًا، فإن الغرور كما يتحقق بقيام الملك فى كل الجارية يتحقق بقيام الملك فى نصفها؛ لأن قيام الملك فى نصفها يكفى لصحة الاستيلاد ولإثبات حرية الأصل للولد، ثم يرجع المستولد على بائعه بنصف الثمن وبنصف قيمة الولد؛ لأنه فى نصف الجارية صار مغرورًا من جهته، ويرجع على شريكه بما أعطاه من نصف قيمتها ونصف عقرها؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن شريكه أخذ ذلك منه بغير حق، ولا يرجع عليه بنصف قيمة الولد، وإن كان شريكه بائعًا نصفها منه؛ لأن هذا البيع من شريكه ثبت من غير صنعه، والبيع الذى ثبت من الإنسان من غير

صنعه[1] لا يوجب صيرورته ضامنًا سلامة الأولاد للمشترى فى ضمنه؛ لأن ضمان سلامة الأولاد كضمان الكفالة، والكفالة لا تثبت فى موضع من غير صنع المالك، فأما البيع فقد يثبت من غير صنع المالك، فأثبتنا البيع، ولم تثبت الكفالة لهذا، ويرجع شريكه المستولد على بائعه بنصف الثمن؛ لأنه لم يسلم له المشترى من جهته.

نوع آخر:

٢١٠٩٧- وفى "المنتقى": رجل وطئ جارية ابنه، فولدت، فضمن قيمتها لابنه، ثم ولدت له ولدًا آخر، ثم استحقها رجل قضى له بها وبعقرها، والأب يرجع على الابن بما ضمن له من قيمتى الأمة والولد، وقال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف جواب الأصل، وذكر بعد هذا مسائل منها رجل وطئ جارية ابنه، وعلقت منه، فادعى الولد، وثبت نسبه منه، وغرم قيمة الجارية للابن، ثم ولدت بعد ذلك أولادًا، ثم استحقها رجل عليه، وأخذ الجارية وقيمة الولد والعقر، فعلى قول محمد رحمه الله: لا يرجع الأب على ابنه بشىء من قيمة الأولاد، وقال أبو يوسف رحمه الله: يرجع عليه بقيمة كل ولد ولدته بعد ذلك الولد.

نوع آخر:

٢١٠٩٨- قال: إذا ورث الرجل أمة من أبيه فوطئها، فولدت منه ولدًا، ثم استحقها عليه رجل، قضى له بالأمة وبقيمة الولد؛ لأن الابن مغرور؛ لأنه وطئها على حسبان أنها ملكه بالإرث، فصار مغرورًا من جهة الأب، فظهر أنها ليست ملكه وللابن أن يرجع بالثمن، وبما ضمن من قيمة الولد على بائع أبيه لو كان الأب قد اشتراها، فرق بين الوارث وبين الموصى له لو صار مغرورًا، وضمن قيمة الولد للمستحق، فإنه لا يرجع على بائع الموصى بشىء لا بالثمن، ولا بقيمة الولد، والفرق أن الرجوع بالثمن، وبقيمة الولد إنما يكون للمشترى أو لنائبه، والموصى له ليس بمشتر، ولا نائب عنه؛ لأن الموصى له لا يقوم مقام الموصى فى حقوقه كأنه هو، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب، وإذا لم يكن مشتريًا ولا نائبًا عن المشترى حكمًا، لم يكن له أن يرجع على بائع الموصى بشىء، فكان

هو فى حق الرجوع وأجنبى آخر سواء، فأما الوارث فإن لم يكن مشتريًا، فهو نائب عن المشترى؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث كأنه هو فى حق الحقوق، ألا ترى أنه يرد بالعيب، ويرد عليه كالميت، وإذا كان نائبًا عن الميت فى حق الحقوق حكمًا كان له الرجوع على بائع أبيه كما لو كان نائبًا عنه حقيقة، بأن كان وكيلا عنه.

نوع آخر:

٢١٠٩٩- وإذا أقر المريض فى مرضه الذى مات فيه أن هذه الجارية لفلان وديعة عنده، فوطئ الوارث الأمة بعد موت المورث، وقد علم الوارث بإقرار المورث، فولدت منه، ثم استحقها رجل، فإنه يقضى للمستحق بالجارية وبالولد؛ لأن الوارث لم يصر مغرورًا ههنا؛ لأنه وطئ الجارية مع علمه أنها ملك المقر له، فإن إقرار المريض بكونها وديعة عنده لفلان، وفلان أجنبى عنه صح، ولو لم يقر بالجارية لفلان، لكن قال: هى لى، أو لم يقل: هى لى، وعليه دين يحيط بماله، فوطئها الوارث، فولدت عنه، ولذا تباع الجارية فى الدين، ويضمن الوارث قيمة الولد، والعقر للغرماء، أما تباع الجارية فإنها لم تصر أم ولد للوارث؛ لأن الثابت للوارث فى تركة الميت حق الملك لا حقيقة الملك إذا كان عليه دين مستغرق، وبحق الملك له لا تصير الجارية أم ولد له، ألا ترى أن المولى إذا ادعى ولد أمة المكاتبة وصدقه المكاتب حتى صح دعواه لا تصير الجارية أم ولد له، بل تبقى قنة للمكاتب يبيعها، وإذا لم تصر أم ولد له صار الحال بعد الاستيلاد وقبله سواء، وقبل الاستيلاد تباع الجارية فى الدين، كذا ههنا، وأما يضمن المستولد قيمة الولد فلأنه صار مغرورًا؛ لأن بين العلماء اختلافًا ظاهرًا فى وقوع الملك للوارث فى التركة المستغرقة بالدين، بعضهم قالوا: بثبوت حقيقة الملك، وقد قلنا: بثبوت حق الملك، ولهذا ملك الوارث استخلاصها لنفسه بالأداء من موضع آخر.

ولو كان فى التركة جارية، فتزوجها الوارث لا يصح؛ لأن سبب الملك قد تحقق للوارث وهو موت[1] المورث عن مال إلا أنه يعمل عمله فى حق إيجاب حقيقة الملك للوارث لمانع وهو الدين، فثبت له حق الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، لكن إن

---

(١) وفى م "صفته".

ولدت ولدًا يكون الولد حرًا بالقيمة على الوارث، وعليه العقر، أما كون الولد حرًا بالقيمة عليه فلأنه ثبت له فى الجارية حق الملك على ما ذكرنا، وحق الملك يكفى لتحقيق الغرور، ألا ترى أن المولى يصير مغرورًا فى جارية المكاتب، ولا يصير مغرورًا لماله فيها من حق الملك؛ لأن للمولى سبب الملك فى إكساب المكاتب وهو ملك الرقبة فى المكاتبة، لكن لم يعمل عمله فى إفادة حقيقة الملك، وعمل فى إفادة حق الملك وتحقق الغرور ثمة، فكذا ههنا، وإنما غرم العقر عليه، فلأن حق الملك لا يسقط العقر، وإنما يسقط الحد كما فى أمة المكاتب، ولو جاء رجل، وأقام بينة أنها له قضيت له بالجارية وبالعقر وبقيمة الولد؛ لأن الوارث مغرور.

٢١١٠٠- وهذا إذا كان على الميت دين مستغرق، أما إذا لم يكن عليه دين مستغرق، والباقى بحاله، فالمستولد لا يضمن قيمة الولد؛ لأن الدين إذا لم يكن مستغرقًا لا يمنع وقوع الملك للوارث فى التركة، وكان مستولدًا أمة نفسه، فلا يضمن قيمة الولد، وإن تعلق الجارية حق الغير كالراهن إذا استولد الجارية المرهونة، ولكن يضمن قيمتها وعقرها؛ لأنها وإن كانت ملكًا للوارث إلا أنه قد تعلق بها حق الغريم، فإن الدين بعد الموت يتعلق بالتركة، ويجوز أن يضمن المالك بتصرف يحدث فى ملكه إذا تعلق به حق الغير، ألا ترى أن الراهن إذا أعتق الجارية المرهونة ووطئها، فإنه يضمن القيمة والعقر، وإن تصرف فى ملكه لتعلق حق الغير وهو المرتهن، كذا ههنا، ثم إنما يضمن جميع قيمتها إذا كان الدين مثل قيمتها أو أكثر، أما إذا كان أقل من قيمتها فإنه يضمن بقدر الدين؛ لأن حق الغريم فى قدر الدين، هكذا ذكر فى الكتاب.

وطعنوا على قول محمد رحمه الله فى المسألة قالوا: لامعنى لقول محمد يضمن قيمتها إذا كان الدين مثل قيمتها، وينبغى أن يضمن بقدر ما تعلق بها من الدين، فإن بعض الدين يتعلق بها، وبعضه يتعلق بغيرها، وهذا بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقًا للتركة لا يعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولا بالدين، ألا ترى أنه وقع الملك للوارث فى التركة، ولو اعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولا بالدين لكان[1] لا يقع الملك للوارث فى التركة كما لو كان الدين مستغرقًا، والجواب أن الدين مع أنه لا يكون

---

(١) وفى ف "فوت".

مستغرقًا، فكل جزء من أجزاء التركة يكون مشغولا بالدين كأن لم يكن مع غيره؛ لأن احتمال هلاك البعض وتعين الباقي لقضاء الدين باقٍ، فينبغي أن لا يملك الوارث شيئًا من التركة كما لو كان الدين مستغرقًا، وهو القياس لكن لم يعتبر هذا الشغل في حق وقوع الملك للوارث للضرورة، فإن الإنسان قلما يخلو عن قليل الدين فلو اعتبرنا هذا الشغل مانعًا من جريان الإرث، لأدى إلى أن لا يقع الملك في التركات للوارث إلا نادرًا، وفيه فساد عظيم، فأما فيما عدا وقوع الملك للوارث هذه الضرورة معروفة، فيعتبر كل جزء من أجزاء التركة مشغولا بالدين كأنه ليس معه غيره، ولو لم يكن معها شيء آخر أليس للوارث أن يضمن جميع القيمة إذا استولدها، كذا ههنا.

نوع آخر:

٢١١٠١- قال محمد رحمه الله في صلح "الجامع الصغير": رجل ادعى على رجل ألف درهم، فصالحه المدعى عليه من غير إقرار على جارية، ودفعها إلى المدعى، فاستولدها المدعى، ثم استحقت الجارية ببينة، فللمستحق أن يأخذها، ويأخذ عقرها، ويكون الولد حرًا بالقيمة، ويدفع قيمة الولد إلى المستحق؛ لأنه ولد المغرور؛ لأن المدعى وطئها بناء على عقد يفيد الملك له ظاهرًا، وهو الصلح، وقد ظهر بطلانه، فصار مغرورًا؛ لأن ضرورة الغرور ليس إلا هذا، وولد المغرور حر بالقيمة، ولا يرجع المدعى على المدعى عليه لا بالعقر، ولا بقيمة الولد؛ لأن الصلح على الإنكار من جانب المدعى عليه ليس بمعاوضة، بل هو في معنى الرشوة والهبة، ولا يرجع الموهوب على الواهب بشيء، فكذا ههنا، والمعنى في الكل أن رجوع المغرور بقيمة الولد باعتبار ضمان السلامة إما نصًا، أو في ضمن عقد المعاوضات، ولم يوجد ههنا، والمدعى على دعواه في الألف؛ لأن بالاستحقاق انتقض الصلح، وعاد الأمر كما كان قبل الصلح، وكان للمدعى حق دعوى الألف قبل الصلح، فكذا بعد انتقاض الصلح.

وإن أقام المدعى بينة على ما ادعى من الألف، وقضى القاضي بالألف له أن يأخذها من المدعى عليه، ويرجع عليه بقيمة الولد أيضًا؛ لأن المال قد ثبت بقضاء القاضي بالبينة في حق المدعى والمدعى عليه؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، فظهر أن

(١) وفي ظ "كان".

الصلح كان معاوضة المال بالمال من الجانبين، وظهر أن المدعى فى معنى المشترى، والمشترى يرجع بقيمة الولد على البائع؛ لأنه ضمن صفة السلامة فى ضمن عقد المعاوضة، كذا ههنا. وكذا إذا لم يقم المدعى بينة على ما ادعاه، لكن حلف المدعى عليه، فنكل، كان الجواب كما قلنا: إن المدعى يأخذ الألف من المدعى عليه، ويأخذ قيمة الولد أيضًا؛ لأن النكول إقرار، والثابت بالإقرار كالثابت بالبينة.

٢١١٠٢- قال: ولو أن رجلا ادعى على رجل دم عمد، فأنكر المدعى عليه، أو سكت، ثم صالح المدعى على جارية، وأخذها المدعى، واستولدها، ثم استحقت الجارية من يد المدعى بالبينة، فالمستحق يأخذ الجارية، ويأخذ عقرها، وقيمة الولد من المدعى، ويرجع المدعى على أصل دعواه، ولا يرجع بالعقر، ولا بالقيمة على المدعى عليه؛ لما قلنا، فإن أقام المدعى بينة على القصاص، يرجع بقيمة الولد على المدعى عليه؛ لما قلنا: فى المسألة الأولى، ويرجع بقيمة الجارية أيضًا بخلاف المسألة الأولى، فإن ثمة إذا أقام المدعى بينة على المال بعد استحقاق الجارية، فإنه يرجع بأصل الدين عليه، ولا بقيمة الجارية، والفرق أن فى المسألة الأولى ظهر أن الصلح كان معاوضة المال بالمال بإقامة البينة، وإنه يحتمل الانفساخ بسائر أسبابه كالإقالة والرد بالعيب وخيار الرؤية، فينتقض بالاستحقاق أيضًا، فيرجع بأصل الدعوى، أما فى مسألتنا ظهر أن الصلح عن قصاص بإقامة البينة والصلح الواقع عن قصاص لا يحتمل النقض بعد الصحة كالنكاح، فكان السبب الموجب لتسليم الجارية قائمًا، وقد عجز عن تسليمها بسبب الاستحقاق، فيجب عليه قيمة الجارية كما فى الخلع والنكاح، وكذا لو لم يقم المدعى بينة على القصاص، لكن حلف المدعى عليه فنكل، كان الجواب كما قلنا، فقد أجاب فى هذه المسألة فى فصل النكول بمثل ما أجاب به فى فصل البينة.

قيل: وهذا الجواب لا يستقيم فى فصل النكول، أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلأن عنده لا يقضى بالنكول فى دعوى دم العمد أصلا، وأما عندهما فلأن عندهما إنما يقضى بالنكول فى دعوى دم العمد بالدية لا بالقصاص، فكان الصلح واقعًا عن الدية لا عن الدم، فينبغى أن يرجع المدعى عليه بالدية عند الاستحقاق لا بقيمة الجارية.

وقيل: لا، بل هذا الجواب يستقيم فى فصل النكول أيضًا، أما عند أبى حنيفة

رحمه الله : فلأن المدعى بهذه الدعوى بعد الصلح لا يدعى لنفسه القصاص ، وإنما يدعى قيمة الجارية ، وعند أبى حنيفة رحمه الله إنما لا يقضى بالنكول فى دعوى دم العمد إذا كان موجب دعواه القصاص ، أما إذا كان موجب دعواه المال فيقضى بالنكول كما إذا وقع الدعوى فى قتل الخطأ ، وكما فى قتل الأب ابنه ، وأما على قولهما : فلأن المدعى مع المدعى عليه عند النكول يكونان متفقين على أن الصلح وقع عن دم العمد على جارية ، فيجعل ما أنفقا عليه فى حقهما كالثابت بالبينة .

٢١١٠٣- رجل فى يديه جارية جاء رجل ، وادعاها لنفسه وكذبه صاحب اليد ، ثم إن صاحب اليد صالح المدعى على جارية أخرى بعينها ، ودفعها صاحب اليد إلى المدعى ، واستولد كل منهما الجارية التى فى يديه ، ثم استحقت إحدى الجاريتين ، فالذى استحقها يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها ؛ لما مر ، ثم ينظر إن كانت المستحقة هى التى أخذها المدعى عليه لايرجع المدعى على المدعى عليه بقيمة الولد ؛ لما ذكرنا أن الصلح عن الإنكار ليس بمعاوضة فى حق المدعى عليه ، فلم يكن منه ضمان صفة السلامة ، لكن يرجع إلى دعواه لانتقاض الصلح حكمًا لاستحقاق بدل الصلح ، فإن أقام المدعى بينة على دعواه ، أو حلف المدعى عليه ، فنكل رجع المدعى المدعى عليه بقيمة الولد ؛ لأنه ظهر أن حق المدعى كان ثابتًا وقت الصلح ، وإن الصلح كان معاوضة من الطرفين وأن المدعى عليه كان ضامنًا صفة السلامة للمدعى ، فرجع بقيمة الولد ، ويرجع المدعى على المدعى عليه بقيمة الجارية التى استولدها المدعى عليه ، ولا يأخذها منه ؛ لأنه ظهر أنها كانت مملوكة للمدعى ، والمدعى عليه ملكها بالصلح ملكًا فاسدًا ، وكانت مستحق الرد بحكم فساد العقد ، وقد تعذر الرد بحكم الاستيلاد من المدعى عليه إياها ؛ لأن استيلاده قد صح ، وإن كان بناء على الملك الفاسد ؛ لأن صحة الاستيلاد يعتمد أصل الملك عرف ذلك فى موضعه ، فالحكم فى المملوك ملكًا فاسدًا وجوب القيمة عند تعذر الرد إن كانت المستحقة هى التى وقع الدعوى فيها ، وهى التى استولدها المدعى عليه ، ويرجع المدعى عليه على المدعى بقيمة الجارية التى استولدها المدعى ؛ لأنه ظهر أن الصلح الذى جرى بينهما كان فاسدًا بزعمهما ؛ لأنا إنما نحكم بجواز الصلح قبل ورود الاستحقاق بناء على زعم المدعى ؛ لأنه زعم أن الجارية التى فى يد المدعى عليه فى الحال حقه ، وأن الجارية التى أخذها كانت عوضًا عن حقه ، وهو مصدق فى حقه ، وقد ظهر ببينة المستحق كذب

المدعى فيما زعم، فيتعذر تجويز هذا الصلح، فيحكم بفساده، وصار المدعى مشتريًا الجارية التى أخذها بحكم عقد فاسد ومالكًا ملكًا فاسدًا، فيجب عليه ردها، وقد تعذر ردها لمكان الاستيلاد، فيجب رد قيمتها، ولا يرجع المدعى عليه على المدعى بقيمة الولد، فإن زعم المدعى أن الصلح الذى جرى بينهما كان معاوضة، وأن المدعى ملك الجارية التى وقع الدعوى فيها من المدعى عليه بعوض، وإن صار ضامنًا له صفة السلامة إلا أن المدعى عليه قد رد إقراره بذلك، وزعم أنه كان ظالمًا فى الدعوى، وإنه لم يملك هذه الجارية منه بالجارية التى دفعها إليه، بل اقتدى يمينه بالتى دفعها، وإذا كان المدعى عليه منكرًا تملك الجارية المستولدة من المدعى بالجارية التى أخذها المدعى؛ لأنه يزعم أنها له وأن المدعى أخذها منه ظلمًا، وقد تعذر الرد، فيجب قيمتها.

ولو لم يصطلحا على الوجه الذى ذكرنا، لكن اصطلحا على أن يدفع المدعى إلى المدعى عليه جارية، ويأخذ من المدعى عليه الجارية التى وقع الدعوى فيها، واستولد كل واحد منهما الجارية التى أخذها المدعى، ثم استحقت إحداهما رجع المستحق عليه على صاحبه بقيمة الجارية التى أخذها منه، وبقيمة الولد التى ضمنها للمستحق؟ لأن هذا الصلح معاوضة من الجانبين؛ لأن كل واحد منهما أخذ جارية، لا يسلم له ما أخذ إلا بما أعطى، وهذا هو حد المعاوضة، فصار كل واحد منهما ضامنًا صفة السلامة لصاحبه، أما فى الفصل الأول: فقد تعذر اعتبار الصلح معاوضة فى حق المدعى عليه؛ لأنه ما دفع الجارية ليأخذ شيئًا، والجارية الباقية فى يده سالمة له غير متعلقة بإعطاء ما أعطى المدعى بدليل أنه لو لم يعطِه، وحلف على دعواه، سلمت له المأخوذة، وهو معنى قولنا: تعذر اعتبار معنى المعاوضة فى جانب المدعى عليه ثمة، أما ههنا فبخلافه.

ثم إن محمدًا رحمه الله أثبت للمستحق على المستولد الرجوع بقيمة الولد من غير فصل بينما إذا كان المستحق عليه المدعى أو المدعى عليه، وينبغى أن لا يكون الرجوع للمدعى على المدعى عليه فيما إذا كان المستحق عليه المدعى؛ لأن فى زعم المدعى أنه استولد ملك نفسه؛ لأن فى زعمه أن الجارية استحقت[1] عليه ملكه فى الأصل، ولم يهلكها من جهة المدعى عليه، لكن كان لا يملك أخذها من يد المدعى عليه، فافتدى ملكه

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "إن استحقت".

بملكه، وفى مثل هذا، لا رجوع بقيمة الولد، ألا ترى أن فى الفصل الأول لو ورد الاستحقاق على المدعى عليه، لايرجع هو على المدعى بقيمة الولد، وإنما لم يرجع لما فى زعم المدعى عليه أنه ما ملك الجارية من جهة المدعى، بل هى ملكه فى الأصل، وإنما استولد ملك نفسه، كذا ههنا، قلنا: نعم إن المدعى عليه زعم هكذا إلا أنه صار مكذبًا فيما زعم من جهة الحكم ومن جهة نفسه، أما من جهة الحكم فلأن قبل هذا الصلح لا يتمكن هو من أخذها من يد المدعى عليه لكونها ملك المدعى عليه ظاهرًا، وبعد الصلح يتمكن من أخذها من يده، وأما من جهة نفسه فلأنه أعطى عوضًا من مال نفسه بما يليها، والإنسان لا يعوض ملكه بملكه، فهو فى معنى قولنا: إنه صار مكذبًا فى زعمه أن الجارية ملكه، فيبطل حكم ذلك الزعم، وتثبت المعاوضة بينهما ظاهرًا لوجود حق المعاوضة[1] بخلاف الوجه الأول؛ لأنه ثمة لم يثبت معنى المعاوضة فى جانب المدعى عليه بوجه من الوجوه على ما مر، وإلى هذا المعنى أشار محمد رحمه الله فى الكتاب حيث قال: أخذ كل واحد منهما عن صاحبه مالا ههنا لم يكن له فى الحكم، وهو ما نقل عن المشايخ أن الأصل فى جنس هذه المسائل أن ما يتصور بصورة المعاوضة، يرجع فيه بقيمة الولد على الاستحقاق.

واستوضح محمد رحمه الله فى الكتاب مسألة دعوى الجارية بمسألة دعوى الدار، فقال: رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، واصطلحا على أن يدفع المدعى دارًا أخرى إلى المدعى عليه، ويأخذ الدار المدعى من المدعى عليه كان للشفيع الشفعة فى الدارين جميعًا لوجود صورة المعاوضة، فكذا فى حق الرجوع بقيمة الولد قبل الاستشهاد ليس بصحيح؛ لأن الشفعة حق الغير، فجاز أن لا يصدق المدعى أن الدار كانت ملكًا له حين ظهر المبادلة والمعاوضة فى حق الشفيع، أما الرجوع بقيمة الولد عند الاستحقاق حق المدعى وفى زعمه أن الجارية التى وقعت فيها الدعوى ملكه، فجاز أن يعتبر زعمه فى ذلك.

٢١١٠٤- رجل ادعى دارًا فى يدى رجل، وصالحه المدعى عليه على دار أخرى، ودفعها إلى المدعى من غير إقرار، وبناء كل واحد منهما فى الدار التى فى يديه بناء، ثم

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وم "حد المعاوضة".

استحق إحدى الدارين، وأخذها المستحق، ونقض البناء، وأراد المستحق عليه الرجوع على من يرجع بقيمة البناء ينظر إن كان المستحقة هى الدار التى وقعت فيها الدعوى، فالمدعى عليه لا يرجع بقيمة البناء على المدعى؛ لأن البناء فى الدار كالولد فى الجارية فى حق ضمان الغرور، فكما لايرجع المدعى عليه ثمة بقيمة الولد على المدعى، لا يرجع المدعى عليه ههنا بقيمة البناء على المدعى، ولكن يرجع عليه بقيمة الدار التى دفعها إليه عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن بالاستحقاق وإن ظهر بطلان الصلح إلا أن المدعى ملك الدار التى أخذها ملكًا فاسدًا، ومن ملك الدار ملكًا فاسدًا، وبنى فيها بناء ينقطع حق المالك، وهو الملك فى استرداد عين الدار عند أبى حنيفة رحمه الله، ويرجع بقيمة الدار، وعندهما: لا ينقطع حق الملك فى استرداد عين الدار، وينقض بناء المتملك، فههنا كذلك.

وإن كانت الدار المستحقة هى التى أخذها المدعى، يرجع المدعى فى دعواه؛ لأن الصلح قد انتقض، فصار كأن لم يكن، وإن أقام المدعى بينة على دعواه فى الدار التى هى فى يدا المدعى عليه، أو استحلف المدعى عليه، فنكل يرجع المدعى بقيمة البناء على المدعى عليه بالإجماع كما فى الولد، ويرجع بقيمة الولد التى وقعت فيها الدعوى على المدعى عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه بإقامة البينة ثبت المعاوضة من الجانبين، ويثبت ضمان سلامة البناء فى ضمن المعاوضة عند الكل، ويرجع بقيمة الدار التى فى يد المدعى عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه ثبتت المعاوضة من الجانبين، وظهر أن المدعى عليه ملك الدار التى هى فى يديه ملكًا فاسدًا؛ لأنه ظهر أن ملكها ببدل مستحق، وامتنع رد عينها بسبب البناء عند أبى حنيفة رحمه الله، فيرجع المدعى بقيمتها، وعندهما لم يمنع عن رد عينها بسبب البناء، فيسترد المدعى عينها.

٢١١٠٥- قال: رجل اشترى أمة وأعتقها، وزوجها من رجل، ولم يخبر الزوج أنها حر، ولا أنها أمة إلا أن الزوج علم بشراء[1] المزوج وإعتاقه إياه، ثم وطئها الزوج، فولدت ولدًا، ثم استحقت، فللمستحق على الزوج عقرها وقيمة ولدها؛ لأن الزوج سار مغرورًا؛ لأنه اعتمد سببًا يفيد حرية الولد، وهو إعتاق المشترى الجارية، وقد ثبت

(١) وفى ف "المشترى"، وفى م "يشترى".

ذلك فى حق المستحق؛ لأن تأويل المسألة أن الزوج أقام بينة أن المشترى كان أعتقها، أو كان أعتقها المشترى بمعاينة القاضى، فيثبت الغرور، وولد المغرور حر بالقيمة.

فرق بين هذا وبينما إذا لم يعلم الزوج بشراء المتزوج وإعتاقه إياها، وباقى المسألة بحالها، فإن ثمة الولد يكون رقيقًا مملوكًا للمستحق يأخذه المستحق، والفرق أن الزوج إذا لم يعلم بشراء المزوج وإعتاقه، وقد استولدها مع احتمال أنها أمة، فقد صار راضيًا برق ماءه، والمستولد مى رضى برق ماءه لا يجعل ولده حرًا بالقيمة كما إذا تزوج أمة واستولدها، أما إذا علم بشراء المتزوج وإعتاقه لم يصر راضيًا برق ماءه، وصار مغرورًا على الوجه الذى قلنا، فوجب القضاء بحرية الولد بالقيمة، ولا يرجع هو على المزوج بقيمة الولد.

فرق بين هذا وبينما إذا اشترى من آخر جارية واستولدها، ثم استحقت، وأخذ المستحق قيمة الولد من المشترى حيث يرجع المشترى على البائع بقيمة الولد، والفرق أن المستولد إنما يرجع على العاقد بقيمة الولد إذا صار مغرورًا ويضمن العاقد له سلامة الولد والبائع صار ضامنًا للمشترى سلامة الولد؛ لأنه ضمن له سلامة ملك الرقبة بالعقد؛ لأنه وضع لتمليك الرقبة، وملك الرقبة للمشترى يوجب حرية الولد، فيصير ضامنًا سلامة الولد ضرورة، أما المزوج فما ضمن للزوج سلامة ملك الرقبة، وإنما ضمن له سلامة ملك المتعة؛ لأن النكاح وضع لتمليك المتعة، وليس من ضرورة سلامة ملك المتعة حرية الولد كما فى نكاح الأمة حتى لو شرط المزوج للزوج فى العقد أنها حرة، والباقى بحاله يرجع الزوج على المزوج بقيمة الولد؛ لأن المزوج ثمة صار ضامنًا سلامة الولد للزوج؛ لأن حرية الجارية توجب حرية الولد.

٢١١٠٦- رجل اشترى جارية، واستولدها، ثم أعتقها، وتزوجها، ثم استولدها، ثم استحقت الجارية، فالمستحق يأخذها، ويأخذ قيمة الولدين؛ لأن المستولد كان مغرورًا فى الولد الأول مغترًا فى الولد الثانى، بيان الأول أن استولد الأول بحكم الشراء، والمشترى مغرور، بيان الثانى أنه استولد الثانى بعد ما علم بحريتها بدليل يدل عليه ظاهرًا، وهو شراه وإعتاقه إياها، وفى مثل هذا المستولد يكون مغترًا كما لو تزوجها من غيره بعد ما أعتقها، وعلم الزوج بشراءه وإعتاقه، واستولدها، وولد المغرور وولد

المغتر حرّان بالقيمة لاستواءهما فى الغلة، فإن كان كل واحد منهما لم يرضَ برق ماءه، ويرجع المستولد على البائع بقيمة الولد، والمغتر لا يرجع بقيمة الولد؛ لافتراقهما فى العلم، فهو ضمان سلامة الولد.

قال: وعلى المستولد عقر واحد للمستحق، وينبغى أن يلزمه عقران؛ لأنه وطئها مرتين بجهتين مختلفتين: مرة وطئها بسبب الملك، ومرة وطئها بجهة ملك النكاح، وفى هذا عقران، ألا ترى أن من تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا ووطئها، ثم فارقها، ثم تزوجها ثانيًا نكاحًا فاسدًا، ووطئها يجب عقران؛ لأنه وطئها مرتين بحكم عقدين مختلفين، فههنا يجب أن يكون كذلك، قلنا: مسألتنا لا تشبه مسألة النكاح الفاسد؛ لأن الطلاق فى النكاح الفاسد عامل من حيث إيقاع الفرقة وفسخ النكاح، وإن لم يكن عاملا فى نقصان العدد، ألا ترى أنه لو وطئها بعد الطلاق يجب الحد، وألا ترى أنه تعتبر العدة من وقت الطلاق، وإذا كان هذا يثبت للنكاح الثانى حكم على حدة فى حق وجوب العقر بالوطء الموجود فيه، فكان الوطء حاصلا فى عقدين مختلفين، فأما ههنا الحالة الواحدة؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن المشترى لم يملكها، وأن إعتاقه لم يعمل أصلا لصدوره من غير المالك، فصار كأنه لم يعتقها، ولو لم يعتقها ووطئها مرارًا، ثم ظهر الاستحقاق، لا يلزمه إلا عقر واحد كذا ههنا.

توضيح ما ذكرنا أن العقر إنما يجب حقًا للمستحق، وفى زعم المستحق أن إعتاق المشترى ونكاحه وقع باطلا، واستندت الوطءات فى زعم المستحق إلى سبب واحد وهو ملك اليمين، وفى مثل هذا يكفى عقر واحد كما لو تزوج امرأة نكاحًا فاسدًا، ووطئها مرارًا قبل أن يفرق بينهما وثمة يكفيه عقر واحد لاستناد الوطء إلى سبب واحد، كذا ههنا.

فإن قيل: إن جعلنا الحال واحدًا ينبغى أن يرجع المشترى على البائع بقيمة الولدين كما لو حصل الولدان قبل أن يعتقها ويزوجها.

والجواب: أن الحالين اتفقا فى حق العقر للمستحق، وفى زعمه أن الحالة واحدة وهى حالة ملك اليمين، وعلى المستحق عليه عقر واحد بالوطءات، فاعتبرنا زعم من له الحق، فأما الرجوع بقيمة الولد أمر يدور بين البائع والمستولد، وهما اتفقا أن الحالة

اختلفت في الولدين أحدهما حدث في ملك اليمين، والآخر في ملك النكاح؛ لأن شراء المستولد، وإعتاقه صحيح في حق البائع والمستولد جميعًا، فكانت الحالة مختلفة بزعمها، فاعتبرنا زعمهما بزعم من له الحق في الفصول كلها.

نوع آخر:

٢١١٠٧- قال محمد رحمه الله في "السير الكبير": إذا أغار قوم من أهل الحرب على قرية من قرى المسلمين فيها حرائر من المسلمين وأهل الذمة وأمهات الأولاد والمدبرات والمكاتبات، وأحرزوهن بدارهم، وقسم بينهم ذلك، ووطئ كل رجل امرأة أصابته من ذلك وولدت له أولادًا، ثم أسلم أهل الدار، وصاروا ذمة، فإن الحرائر من المسلمات والذميات مردودات إلى أهاليهن؛ لأنهن لم يملكن بالأسر وأولادهن أحرار تبعًا؛ لما عرف أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، ونسب الأولاد ثابت من الآباء؛ لأنهم واطئوهن معتقدين أنهم ملكوهن، فهذا وطء بتأويل الملك وشبهته، والوطء بشبهة الملك يوجب ثبات النسب، ولا صداق على أهل الحرب في شيء من ذلك بدل منفعة البضع، ولو أتلفوا في حال حربهم أنفسهم لم يضمنوا، فكذا إذا أتلفوا منافع أبضاعهن، والمدبرات وأمهات الأولاد مردودات على مواليهن؛ لأنهن لم يملكن بالسبي أيضًا، وأولادهن ثابتو النسب من الآباء، أحرار على دين الأمهات؛ لأنهم واطئوهن بشبهة الملك وكانوا كأولاد المغرورين، وأولادهم ثابتو النسب منهم، فكذا هؤلاء الأولاد يكونون أحرارًا ثابت النسب من آباءهم، ولا عقر على الآباء؛ لما قلنا، ولا قيمة الأولاد عليهم، وإن صاروا مستهلكين الأولاد على المولى بحكم الغرور؛ لأنهم حين واطئوهن كانوا محاربين، وذلك يمنع وجوب الضمان عليهم باستهلاك سائر أجزاءهن حقيقة، وكذا باستهلاك بعض أجزاءهن وهو الأولاد بحكم الغرور.

فإن قيل: المغرور يضمن قيمة الولد يوم الخصومة، ويوم الخصومة مسلمون أو من أهل الذمة، فيمكن إيجاب قيمة الولد باستهلاك الولد بحكم الغرور.

قلنا: المغرور إنما يضمن قيمة الولد بالوطء، والإعلاق المقدم وهو في تلك الحالة لم يكن من أهل وجوب القيمة عليه بالإتلاف بخلاف الغرور إذا كان مسلمًا؛ لأنهم من

أهل وجوب القيمة عليه وقت الوطء، فيجب عليه قيمة الولد يوم الخصومة، فالحاصل أن فى حق أصل وجوب الضمان العبرة بوقت الوطء، وفى حق مقدار الواجب العبرة لوقت الخصومة، ومثل هذا جائز، ألا ترى أن العبد إذا حفر بئرًا على قارعة الطريق ثم أعتقه المولى، ثم وقع فى البئر دابة لرجل، ومات، فالوقوع فى أصل الضمان يستند حتى يكون ضمان الواقع على المولى، وفى حق مقدار قيمة الواقع ينظر إلى حالة الوقوع، كذا ههنا.

والمكاتبات مردودات على مواليهن، ويكون المكاتبات على حالهن، وأولادهن أحرار بحكم الغرور، ولا عقر على الآباء، ولا قيمة الأولاد عليهم؛ لما قلنا، وأما الإماء فكل واحدة منهم أم ولد للذى وطئها؛ لأنه استولد ملك نفسه فصح استيلاده، وصارت أم ولد له، فبعد ذلك ينظر إن أسلم أهل الدار، فالجوارى أمهات أولادهم على حالهن، وإن صاروا ذمة كانت الجوارى كوافر، فكذا الجواب هن أمهات أولادهم على حالهن، ويطأهن ويستخدموهن؛ إذ يجوز أن تكون كافرة تحت كافر يستخدمها ويطأها، وإن كن مسلمات، فهن أمهات أولادهن أيضًا إلا أنهن يخرجن إلى الحرية بالسعاية تسعى كل واحدة منهن لمولاها وتعتق، ويكون بمنزلة المكاتبة مادامت تسعى، ولا يطأ مولاها، ولا يستخدمها، وهذا لأنه لا وجه إلى تركها تحت كافر يطأها، ويستخدمها لكونها مسلمة، ولا وجه إلى أن يبيعها الإمام على مولاها؛ لأنها أم ولد، وأم الولد لا تباع، فتعين الإخراج إلى الحرية بالسعاية بمنزلة أم الولد النصرانية، إذا أسلمت ومولاها نصرانى، وكذا المرتدون من أهل الإسلام إذا غلبوا دارهم، وأجروا فيها أحكام الشركة، فهم بمنزلة أهل الحرب فيما أسروا من السبايا، وكذا أهل الذمة إذا نقضوا العهد، وغلبوا على دارهم، فهو بمنزلة أهل الحرب فيما أسروا من السبايا.

ولو كانوا قومًا من الخوارج من الحرائر وأمهات الأولاد والمدبرات والمكاتبات والإماء، فأخذ أميرهم خمس ذلك، وقسم أربعة الأخماس فيما بينهم، فوطئ كل رجل منهم المرأة التى أخذها، وولدت له أولادًا، ثم إن أهل البغى تابوا ورجعوا أو هربوا، فتفرقوا، فنسب الأولاد ثابت منهم؛ لأنهم واطئوهن بتأويل الملك، وتأويل أهل البغى بمنزلة تأويل أهل الحرب؛ لأن تأويلهم كتأويل أهل الحرب مع المنعة، ألا ترى أنه لا

يلزمهم ضمان ما أتلفوا من الدماء لمكان التأويل مع المنعة، والوطء بالتأويل يوجب ثبات النسب، ولا عقر على واحد منهم، ولا قيمة الولد، والأصل فى ذلك كله ما روى عن الزهرى بأنه قال: وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون، فاتفقوا على أنه لا قود فى دم استحل بتأويل القرآن، ولا حد فى فرج استحل بتأويل القرآن، ولا ضمان فى مال استحل بتأويل القرآن إلا أن يوجد شىء بعينه، فيرد على أهله، وعن هذا قلنا: إن المسبية إذا كانت أمة يؤمر المدعى[1] بالرد على مولاها إذا تاب، وفى الحربى إذا أسلم، وصار ذا ذمة لا يؤمر الحربى برد المسبية إذا كانت أمة على مولاها؛ لأن الحربى ملك الأمة بالسبى، فلا يؤمر بالرد بعد الإسلام، أو بعد قبول عقد الذمة، أما الباغى فلا يملك المسبية بالإسر، وإن كانت أمة؛ لأن الباغى مسلم، والمسلم لايملك بالسبى إلا أنه لايضمنه بالإتلاف للإجماع، ولا إجماع فى أن لا يؤمر بردها إذا كانت قائمة بعينها، بل الإجماع على الرد، فلهذا افترقا.

٢١١٠٨- ولو أن قومًا من لصوص المسلمين غير متأولين أخذوا النساء[2] من الحرائر والإماء وقسموا فيما بينهم، وولدن لهم منهن أولاد، ثم ماتوا، أو ظهر عليهم الناس، فنسب أولادهم لا يثبت منهم، وكانوا زناة يقام عليهم الحدود، وأولاد الإماء لمواليهم أرقاء تبعًا لأمهاتهم، وأولاد أمهات الأولاد بمنزلتهن يعتقون بعتق الأمهات؛ لأن مجرد المتعة بلا تأويل لا حكم له كما أن مجرد التأويل بلا متعة[3] لا حكم له، ألا ترى أنهم يضمنون ما أتلفوا من الأموال والدماء، ويقتلون قصاصًا، فكان حكمهم حكم الغاصبين، ومن غصب جارية ووطئها، فولدت ولدًا، لم يثبت نسب ولدها منه، وكان وطءها زنا يقام عليه الحد بذلك، فكذا ههنا.

---

(١) وفى م "الباغى".

(٢) وفى م "السبايا".

(٣) وفى ظ وم "منعة".

نوع آخر:

٢١١٠٩- قال محمد رحمه الله فى "السير الكبير": إذا أمر رجل من المسلمين ناسًا من المشركين، فأغار عليهم قوم آخرون من المسلمين، فقتلوا الرجال، وأصابوا النساء والأموال، وأقسموا وولد[1] لهم أولاد منهن، ثم علموا بالأمان، فعلى الذين قتلوا الدية ويرد النساء والأموال إلى أهلها، ويغرموا النساء أصداقهن بما وطئوا فى فروجهن، والأولاد أحرار مسلمون تبعًا لآباءهم لا سبيل لهم عليهم، وإنما كان كذلك لأن أمان الواحد جاز عليه وعلى بقية المسلمين، فإذا أغار عليهم قوم من المسلمين، فإنما قتلوا المستأمنين، واستهلكوا أموالهم، وقتل المستأمن، واستهلاك ماله سبب الضمان؛ لأن بالأمان تظهر العصمة والتقوم فى أنفسهم وأموالهم اعتبارًا للأمان الموقت بالأمان المؤبد، وهو عقد الذمة، ويرد النساء بعد ثلاث حيض؛ لأنهم وطئوهن بشبهة توجب الاعتداد فهى شبهة الملك، وفى زمان الاعتداد توضع على يدى عدل، والعدل امرأة عجوز ثقة لا الرجل، وكذا يرد ما بقى من الأموال عليهم؛ لأن بقية الأموال بقيت على ملكهم، ويغرمون للنساء أصداقهن؛ لأنهن وطئن بشبهة، والوطء بالشبهة يوجب العقر، وتكون الأولاد ثابتى النسب منهم؛ لأنهم صاروا مغرورين على تقدير أنهم ملكوهن، وولد المغرور ثابت النسب من المغرور، ويكون الأولاد أحرارًا بغير قيمة، وإن صاروا مغرورين على تقدير؛ لأن ولد المغرور فى غير هذا الموضع إنما يكون حرًا بالقيمة؛ لأن الأم رقيقة، فيجب أن يكون الولد رقيقًا إلا أن الشرع جعله حرًا بالقيمة نظرًا للمستولد، ونظرًا لصاحب الجارية، وههنا الأم حرة والولد انفصل عن أصل حر، فيكون حرًا بغير قيمة، ويكون الأولاد مسلمين تبعًا للآباء؛ لأنهم مسلمون، والولد تبع خير الأبوين دينًا -والله تعالى أعلم-.

---

(١) وفى م "ولدتهم".

كتاب فيه مسائل الأشجار

٢١١١٠- ذكر في صلح "النوازل" عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: شجرة الفرصاد في الطريق إذا كان لا يضر بالطريق، فلا بأس به، ويطيب للذي غرسها أخذ ورقها وفرصادها، وإن كانت هذه الشجرة في المسجد، فلا بأس بأخذ توتها وأكلها، ولا يجوز أخذ ورقها.

٢١١١١- وعن شداد: في نهر عام إذا أراد الرجل أن يغرس عليه لمنفعة المسلمين له ذلك، نهر لقوم يجري في بستان رجل أراد صاحب البستان أن يغرس على حافيته ليس له ذلك إذا كان لأصحاب النهر في ذلك ضرر بأن يضيق نهرهم بسببها، ولو غرس يؤمر بالقلع إلا أن يوسع النهر من الطريق الآخر بقدر ما كان على وجه لا يتفاوت في حق أصحاب النهر، فحينئذٍ لايمنع عنه، وإن كان قد غرس لا يؤمر بالقلع، وإن لم يكن لأهل النهر في ذلك ضرر بأن كان لا يضيق نهرهم بسببها، كان له ذلك.

٢١١١٢- وفي "نوادر هشام" قال: سألت محمداً رحمه الله عن رجل له قناة خالصة عليها أشجار لقوم أراد صاحب القناة أن يضرب قناته من هذا النهر، ويحفر له موضعًا آخر قال: ليس له ذلك؛ لأن الأشجار التي على حافتي هذا النهر حق شرب من هذا الماء، ولو باع صاحب القناة، فصاحب الشجر شفيع جوارٍ.

٢١١١٣- إمام أجرى نهرًا لقوم في مدينة لأهل الشفة[1]، فلأهل المدينة أن يتخذوا على ذلك بساتين إذا لم يضر ذلك بأهل الشفة، وإن كان يضر ذلك بأهل الشفة ليس لهم ذلك، يريد بقوله: إذا كان يضر ذلك بأهل الشفة أن لا يصل الماء إلى أهل الأسفل، أو يصل إليهم من الماء قليل لا يكفيهم ذلك بسبب اتخاذ البساتين، فإن كانت الحالة هذه، لا يكون لهم أن يتخذوا البساتين.

سئل أبو القاسم عن رجلين لهما نهر، وعلى ضِفته أشجار، وكل واحد منهما يدعي الأشجار أنها له قال: إن علم غارسها، فهي له، وإن لم يعرف غارسها فما كان في

(١) هكذا في ظ، وكان في الأصل "لأجل الساقية"، وفي م "لأجل الشفعة".

موضع مملوك خالص، فهى لمالكه، وما كان فى موضع مملوك مشترك، فهو بينهما فى الحكم، والأصل أن الشجر إنما يستحقّ بالغرس، أو بملكيته التالية[١] أو بالأرض، وسئل أيضًا: عمن له أشجار على ضفّة نهر ماذيان، ونبتت من عروقها أشجار فى الجانب الآخر من النهر، ولرجل فى هذا الجانب كرم بينه وبين هذا الجانب طريق، فادعى كل واحد منهما هذه الأشجار قال: إن عرف أنها نبتت من عروق تلك الأشجار، فهى له، وإن لم يعرف ذلك ولا يعرف غارسها أيضًا، فهى [بمنزلة][٢] غير مملوكة لأحد لا يستحقها صاحب الكرم ولاصاحب الأشجار، وسئل أبو بكر عن ضيعة تحت نهر ماذيان على ضفة النهر أشجار، يريد صاحب الضيعة أن يبيعها قال: إن نبتت الأشجار من غير مستنبت وأرباب النهر قوم لا يحصون، فهى لمن أخذها وقطعها، ولا أحب أن يبيعها صاحب الضفّة قبل أن يقلعها، وإن كانت لها مستنبت، فهى كاللقطة.

وسئل عن أشجار على ضفّة نهر لأقوام تجرى فى سكة غير نافذة، وبعض الأشجار فى ساحة لهذه السكة، فادعى واحد من أهل السكة أن غرسها فلان، وإنى وارثه، قال عليه البينة، فإن لم يكن له بينة، فما كان فى حريم النهر، فهو لأرباب النهر، وما كان فى ساحة السكة خارجًا عن حريم النهر، فهو لجميع أهل السكة إن غارسها فلان، والأصل أن الشجر إن لم يعرف له غارس، ولا مالك، فإنه يحكم بالأرض.

٢١١١٤- وفى "فتاوى الفضلى": نبتت شجرة، أو زرع فى أرض إنسان من غير أن يزرعه أحد، فهو لصاحب الأرض؛ لأنه متولد من أرضه، فكان جزء من أرضه، وفى "فتاوى أبى الليث رحمه الله": شجرة فى أرض رجل نبتت[٣] من عروقها فى أرض غيره، فإن كان صاحب الأرض هو الذى سقى وأنبت، فهى له، وإن كان نبتت نفسه، فهى لصاحب الشجرة إن صدقه صاحب الأرض أنه من عرق شجرة، وإن كذبه، فالقول قول صاحب الشجر.

٢١١١٥- وفى "نوادر هشام" قال: سألت محمدًا رحمه الله عن شجرة فى دارى

(١) هكذا فى ظ وم، وكان فى الأصل "بملكية اليد".

(٢) زيد من م.

(٣) زيد من ف وم.

طلعت من عروقها شجرة أخرى فى دار جارى، فالتى طلعت منها لمن؟ قال: لك أن تقلعه؛ لأنها نبتت من شجرتك.

٢١١١٦- وفى "فتاوى أبى الليث": نواة لرجل ذهب به الريح إلى كرم غيره، فنبتت منها شجرة، فهى لصاحب الكرم؛ لأن النواة لا قيمة لها، وكذا لو رفعت خوخة رجل فى كرم رجل، فنبتت عنها شجرة؛ لأن الشجر نبت من النواة بعد ما ذهب لحوم الخوخة، فصار هذا والأول سواء.

وفيه أيضًا: رجل له شجرة، فعرقت فى ملك الغير، ونبتت من العروق تالات، فوهب صاحب الشجر من صاحب الأرض تلك التالات، فإن كانت التالات يبست إذا قطعت الشجرة، فالهبة غير جائزة، وإن كانت التالات لا تيبس بقطع الشجرة، فالهبة جائزة؛ لأنه فى الوجه الأول وهب غصنًا من الشجرة، وفى الثانى وهب شجرًا هو فى أرض الموهوب له.

٢١١١٧- وإذا غرس الرجل شجرًا فى المسجد، فالشجر للمسجد؛ لأنه بمنزلة البناء للمسجد، وإن غرس فى الأرض شجرًا والأرض موقوف على رباط، إن كان الغارس ولى تعاهد هذه الأرض، فالشجرة للواقف؛ لأن هذا من جملة التعاهد، فكان غارسًا للوقف ظاهرًا، وإن كان الغارس لا يلى تعاهد هذه الأرض، فالشجرة للواقف؛ لأن هذا من جملة التعاهد، فكان غارسًا للواقف ظاهرًا، وإن كان الغارس لا يلى تعاهد هذه الأرض، فالشجرة له، وإذا غرس شجرًا على شط نهر العامة، أو على شطّ أرض القرية، فالشجرة للغارس، هذه الجملة فى "فتاوى أبى الليث رحمه الله".

٢١١١٨- وفيه أيضًا: رجل جعل أرضه مقبرة فيها أشجار، فأراد ورثته أن يقطعوا الأشجار لهم ذلك؛ لأن موضع الأشجار لم يصر وقفًا؛ لأنه مشغول بالأشجار، وكذا لو جعل داره مقبرة، فموضع البناء لا يدخل فيه؛ لأنه مشغول بالبناء.

٢١١١٩- وفى "فتاوى أهل سمرقند": غرس شجرة على حوض قرية، ثم قطعها، فنبتت من عروقها أشجار، فهو للغارس؛ لأنها نبتت فى ملكه، وفى بيوع "فتاوى أبى الليث رحمه الله": أشجار على حافتى النهر فى الشارع، اختصم فيها الشاربة ومجرى هذا النهر مقابل داره، ولم يعرف الغارس، فإن كان الموضع الذى نبت

فيه الأشجار ملك الشاربة، فالأشجار لهم؛ لأنها نبتت في ملكهم، وإن لم يكن ذلك الموضع ملكهم، وإنما هو للعامة، وللشاربة حق تسيل الماء، إن لم يعلم أن صاحب الدار اشترى الدار بغير غرس الأشجار؛ لأنها إنما صارت في حجره بعد ما نبتت، قال الصدر الشهيد في "واقعاته": يجب أن يكون هذا المجرى في فناء داره؛ ليكون الأشجار في حجره.

٢١١٢٠- وفي "فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى": مقبرة وفيها أشجار، فهذه المسألة على وجهين: أحدها: أن يكون الأشجار نابتة قبل اتخاذ الأرض مقبرة، وإنه على وجهين أيضًا، إن كانت الأرض مملوكة والأشجار بأصلها على ملك رب الأرض يصنع بالأشجار ونحوها ما شاء؛ لأن موضع الأشجار من الأرض لم يصر مقبرة؛ لأنه مشغول بملك صاحب الشجر، وإن كانت الأرض مواتًا لا مالك لها، واتخذها أهل القرية مقبرة، فالأشجار بأصلها على حالها القديم، الوجه الثاني: إذا نبت الأشجار بعد اتخاذ الأرض مقبرة، وإنه على وجهين أيضًا، إن علم لها الغارس، فهو للغارس؛ لأنها ملكه، وإن لم يعلم لها غارس، فالحكم في ذلك إلى القاضي إن رأى أن يبيعها، وصرف عنها إلى عمارة المقبرة، له ذلك؛ لأنه إذا لم يعلم لها غارس، كانت في حكم الوقف، ألا ترى أن الشجرة إذا نبتت في ملك إنسان لايعرف لها غارس كانت الشجرة لصاحب الملك، كذا هنا.

٢١١٢١- إذا قطع شجرة من دار رجل بغير أمره، فرب الدار بالخيار إن شاء، ترك الشجرة على القاطع، وضمنه قيمة الشجرة قائمًا، وطريق معرفة قيمتها أن يقوم الدار مع الشجرة، ويقوم الدار بدون الشجرة، فيضمن فضل ما بينهما، وإن شاء، أمسك الشجرة، ويضمنه قيمة النقصان، وطريق معرفة قيمة النقصان أن يقوم الدار مع الشجرة، ويقوم الدار بغير الشجرة، فتفاوت ما بينهما قيمة الشجرة، ثم ينظر إلى ذلك، وإلى قيمة الشجرة مقطوعة وغير مقطوعة، ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع حتى لو كانت قيمة الشجرة مقطوعة أو غير مقطوعة على السواء لا شيء عليه، وفي "مجموع النوازل": من قطع شجرة من بستان رجل، أو من داره، واستهلكها، فعليه نقصان الدار والبستان، ومن قلع شجرة من أرض رجل، فعليه قيمة الحطب -والله أعلم-.

المسألة الحسابية من كتاب الكفالة

٢١١٢٢- قال محمد رحمه الله : لو أن رجلا كفل بنفس رجل ، وجعل المكفول به وكيلا فى خصومته معه يعنى جعل المكفول بنفسه الكفيل بالنفس وكيلا فى خصومته ضامنًا لما ذاب عليه ، ورضى الكفيل بذلك ، ثم مات الكفيل وله مال ، فلا خصومة بين الطالب وبين ورثة الكفيل ، فإن الكفالة تبطل بموت الوكيل ، ولا يقوم وارثه فى خصومته مقام المورث ؛ لأن الموكل إنما رضى برأى الوكيل وخصومته لا برأى وارث الوكيل وخصومته ، ألا ترى أن الوكيل حال حياته لو أراد أن يقيم غيره مقام نفسه فى الخصومة ليس له ذلك ، وطريقه ما قلنا ، فإن بقى الطالب المكفول به بعد ذلك ، وخاصمه إلى القاضى ، فأقضى القاضى على المطلوب للطالب لشىء ، كان للطالب أن يأخذه ذلك الشىء من تركة الكفيل ؛ لأن الكفالة بالمال لا يبطل بموت الكفيل إذا مات مليّا إلا أن قبل خصومة الطالب المكفول به ، وقبل قضاء القاضى للطالب على المكفول به لا يلزم الكفيل شىء ؛ لأن الضمان معلق بالذوب ؛ لأنه ضمن ما ذاب على المكفول به ، والذوب بالخصومة والقضاء ، فقبل الخصومة والقضاء لا يتحقق شرط الضمان ، فلا يتبع تركة الكفيل ، وبعد الخصومة والقضاء يتحقق شرط الضمان ، فيتبع تركة الكفيل ، وللطالب الخيار إن شاء ، أتبع المطلوب ، وإن شاء أتبع تركة الكفيل ؛ لأن دين الطالب وجب على الكفيل والمطلوب ، ألا ترى أنه لو وجدهما له أن يطالب أيهما شاء ، فإذا وجد أحدهما حيّا ، ووجد مال الآخر ، فله أن يطالب الحى ويطالب مال الميت ، فإذا اختار إتباع المطلوب ، وأخذ المال منه ، فالمطلوب لا يرجع بما أخذ منه على أحد ؛ لأنه أدى دين نفسه ، وإن اختار إتباع تركة الكفيل ، وأخذ المال من تركته ، فلورثة الكفيل أن يرجعوا بذلك على المكفول عنه ؛ لأنهم أدوا دينه بأمره ؛ لأن الكفالة كانت بأمره ، ألا ترى أن الكفيل حال حياته لو أخذ ذلك منه ، فللكفيل أن يرجع بذلك على المكفول عنه ، فكذا الورثة .

ولو مات المكفول بنفسه أيضًا ، وخاصم الطالب وصيه أو وارثه ، وقضى القاضى

للطالب بالمال، فللطالب أن يتبع تركة المطلوب إن شاء، وتركة الكفيل إن شاء، وإذا وجدهما حيّين وجد مالهما كان له الخيار، يطالب أيهما شاء، فبعد هذه المسألة على وجهين: إما أن لم يكن على واحد من الكفيل والمطلوب شيء سوى هذا الدين، والكلام فيه ظاهر، يأخذ الطالب دينه من أى التركتين شاء، ولا سبيل له على تركة الآخر إذا وصل إليه تمام حقه، وإن لم يصل إليه تمام حقه يرجع بما بقى من حقه فى التركة الأخرى، وإن كان على كل واحد منهما دين آخر مع دين الطالب بأن كان على كل واحد منهم ألف درهم للطالب مثلا، وألف درهم لغريم آخر، وفى هذه الصورة المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن كان فى تركة كل واحد منهما وفاء بما عليه من الدينين، أو كان فى تركة أحدهما وفاء بما عليه من الدينين، ولا وفاء بما عليه من الدينين فى تركة الآخر، فإن كان فى تركة كل واحد منهما وفاء بما عليه من الدينين، وقد اختار الطالب إتباع تركة المطلوب يأخذ تمام حقه منها ألف درهم، ولا يرجع ورثة المطلوب بما أدوا على أحد؛ لأنهم دين مورثهم، ألا ترى أن المطلوب لو كان حيّا، وأخذ الطالب منه دينه، لا يرجع المطلوب بما أدى على أحد؛ لأنه أدى دين نفسه، وإن كان الطالب اختار إتباع تركة الكفيل وأخذ من تركته ألف درهم أخذ غريم الكفيل أيضًا تمام حقه منها ألف درهم، ورجع ورثة الكفيل على ورثة المطلوب بما أدوا من دين مورثهم بأمرهم، ألا ترى أن المطلوب لو كان حيّا، وقد أخذ الطالب الدين من تركة الكفيل، فلورثة الكفيل أن يرجعوا على الطالب بما أدوا من الدين، هذا إذا كان فى تركة كل واحد منهما وفاء بالدينين.

الوجه الثانى: أن يكون فى تركة أحدهما وفاء بالدينين بأن كان تركته ألفا درهم، وأن لا يكون فى التركة الأخرى وفاء بالدينين، بأن كان تركته ألف درهم، وإنه على وجهين: فإن كان الوفاء فى تركة المطلوب، والطالب اختار إتباع تركة المطلوب، يأخذ تمام حقه ألف درهم؛ لأن الطالب استوفى تمام حقه من تركة المطلوب، فلم يبقَ له فى تركة الكفيل حق، وكان تركة الكفيل خالص حق غريمه هذا إذا كان الوفاء فى تركة المطلوب ولا وفاء فى تركة الكفيل، واختار الطالب إتباع تركة المطلوب، فأما إذا اختار الطالب إتباع تركة الكفيل، فإنه يقسم تركة الكفيل بين الطالب وبين غريم الكفيل نصفان لكل واحد خمسمائة؛ لأن دينهما سواء؛ لأن دين كل واحد منهما ألف درهم، فيقسم

تركته بينهما بالسوية لكل واحد منهما خمسمائة، فبقى حق الطالب فى خمسمائة أيضًا، فبعد هذا الطالب وورثة الكفيل يتبعان تركة المطلوب، فيأخذ الطالب ما بقى من حقه وذلك خمسمائة، ويأخذ ورثة الكفيل خمسمائة؛ لأنهم أدوا ذلك القدر عن المطلوب بأمره، ثم لا يسلم لورثة الكفيل ما أخذوا من تركة المطلوب؛ لأن هذا مال الكفيل، وقد بقى من دين الكفيل خمسمائة، فيأخذ غريم الكفيل ذلك، ولا يحتاج إلى نقض شىء مما ذكرنا من الأعمال؛ لأنه لم يظهر خطأ فى شىء منهما؛ لأنا قسمنا تركة الكفيل نصفين، وإنه كذلك ينبغى؛ لأنه لم يظهر فى الآخرة غريم ثالث للكفيل، ودفعنا إلى الطالب تمام حقه ألف درهم نصفها من تركة الكفيل، ونصفها من تركة المطلوب، وإنه كذلك ينبغى أيضًا؛ لما ذكرنا أنهم أدوا ذلك عنه بأمره، ولم يظهر الخطأ فى شىء مما فعلنا، فلا حاجة بناء إلى نقض شىء مما فعلنا لهذا.

هذا إذا كان الوفاء فى تركة المطلوب، ولا وفاء فى تركة الكفيل، أما إذا كان الوفاء فى تركة الكفيل، ولا وفاء فى تركة المطلوب، فهو على وجهين: فإن اختار الطالب إتباع تركة المطلوب قسم تركته بين الطالب وبين غريم المطلوب نصفان؛ لأن دينهما سواء، فيقسم تركته، وهى ألف درهم بينهما نصفان، لكل واحد منهما خمسمائة بقى حق الطالب فى خمسمائة، وحق غريم المطلوب فى خمسمائة، ثم يرجع الطالب فى تركة الكفيل بما بقى من حقه، وذلك خمسمائة، وغريم الكفيل يأخذ من تركته تمام حقه ألف درهم بقى لورثته فى ماله خمسمائة؛ لأنه ترك ألفى درهم، وقد أخذ الطالب خمسمائة، وأخذ غريم الكفيل ألف درهم بقى خمسمائة لا حق لأحد فيها غير الورثة، فسلم لورثته الخمس مائة الباقية، ثم قال: وليس لورثته أن يرجعوا فى تركة المطلوب بالخمسمائة التى أخذها الطالب من تركة المطلوب [أن ينقضوا قسمة التى جرت بينهما فيتركه المطلوب][(١)]، وأن يقولوا: ظهر الخطأ فى قسمة التركة؛ لأن التركة التى للمطلوب قسمت بين غريم الطالب وغريم المطلوب، وقد ظهر غرماء المطلوب ثلاثة الطالب، وغريم المطلوب ونحن؛ لأنا أدينا خمسمائة من مال مؤدينا بأمره، فيجب أن ينقض تلك القسمة حتى يكون ضرر النقصان على الكل؛ لأن من حجة غريم المطلوب أن يقول: لم يظهر الخطأ فى القسمة، وإنما يظهر الخطأ فى القسمة إذا ظهر أن وقت القسمة غرماء المطلوب

(١) زيد من ف وم.

كانوا ثلاثة، ونحن قسمنا بين غريمين، ولم يظهر كذلك فى مسألتنا؛ لأن حال ما قسمنا التركة لم يكن للمطلوب إلا غريمان، الطالب وغريم المطلوب، وورثة الكفيل لم يكونوا غرماء المطلوب فى ذلك الوقت، وإنما صاروا غرماء المطلوب بعد القسمة؛ لأن حق ورثة الكفيل فى تركته لا يثبت بنفس الكفالة، وإنما يثبت بالأداء، فإن ورثة الكفيل ما لم يؤدوا ذلك، لا يثبت لهم حق الرجوع، والأداء وجد بعد القسمة غير مستند إلى وقت الكفالة؛ لأن الأداء لا يوجد حكمًا للكفالة حتى يستند إليها، وإنما يوجد بفعل اختيارى يمكن إضافة الوجوب إليه، فإن الأداء يصلح سببًا للوجوب كما أمره بقضاء دينه لا غير، وإذا أمكن إضافة الوجوب إلى حالة الأداء اقتصر الوجوب على حال وجوب الأداء، لا على حال الكفالة، فصار وارث الكفيل غريمًا بنفس الأداء لا بنفس الكفالة، فلم يظهر الخطأ فى القسمة؛ لأن حين ما قسمنا تركة المطلوب بينهما ما كان الغرماء ثلاثة، بل كان اثنين، وإنما حدث ثالث بعد القسمة بأمر حادث بعد القسمة مقصورًا على ما بعد القسمة، وبمثله لا ينقض ما مضى من القسمة.

وهو نظير ما قلنا: فى رجل مات، وترك ألف درهم، وعليه دين ألف درهم لرجل ودين ألف درهم لرجل آخر، فيقسم الألف بينهما أثلاثًا، ثم لو أن صاحب الألفين أبرأ الميت عن ألف درهم، فإن تلك القسمة لا ينقض، وليس لصاحب الألف أن يحتج، ويقول: إنا أخطأنا فى تلك القسمة؛ لأن قسمنا التركة أثلاثًا على أن حقك ألفى درهم وهى ألف درهم، ولما أبرأته عن الألف صار حقك فى ألف درهم، فيجب أن ينقض تلك القسمة، ويقسم ذلك نصفين؛ لأن من حجة صاحب الألفين أن يقول: ما أخطأنا فى تلك القسمة؛ لأن الخطأ إنما يظهر فيها أن لو كنا قسمنا أثلاثًا، ومن حقنا أن تقسم بالسوية، ولم يظهر كذلك؛ لأن بالإبراء لم يظهر أن حق صاحب الألفين وقت القسمة كان فى ألف درهم، بل كان فى ألفى درهم، وإنما يصير حقه فى ألف درهم بسبب حادث بعد القسمة، وهو الإبراء مقصورًا على حالة الإبراء، إذا الإبراء لا يستند، فكذا حكمه، وهو البراءة إلى ما قبل القسمة لم يظهر الخطأ فى القسمة، فلم يجب إعادتها، فكذا ههنا وارث الكفيل، إنما صار غريمًا للمطلوب بعد القسمة بسبب مقصور على ما بعد القسمة، فلا يظهر الخطأ بعد القسمة، لا يجب نقضها.

فإن قيل: هذا الكلام إنما يستقيم أن لو كان ورثة الكفيل مختارين فى أداء ما وصل

إليهم من التركة من أبيهم بحكم الكفالة، حتى يقتصر الأداء على وجوده، ولا يستند إلى ما قبل القسمة، وهو حالة الكفالة، أما إذا أجبرهم القاضى على أداء ذلك كان الأداء مستندًا إلى سببه، وهو الكفالة، ولهذا شارك[1] ورثة الكفيل غرماء الصحة؛ لأن سببه وهو الكفالة كان فى حالة الصحة، فيظهر أنا قسمنا تركة المطلوب بين الغريمين، والغرماء ثلاثة، فيظهر الخطأ فى القسمة، فيجب نقضها.

والجواب: لا يمكن القول بإسناد الأداء إلى ما قبل القسمة، وهو حالة الكفالة؛ لأن الأداء حالة بانفرادها ليست بسبب الرجوع بدون الأداء، فإنه لو كفل بالألف بأمره، لا يرجع على المكفول عنه بشيء ما لم يوجد أداء ما كفل به عنه كلا أو بعضًا، وكذا الأداء بانفراده ليس بسبب الرجوع دون الكفالة، أو بدون ما يقوم مقامهما وهو الأمر بالأداء، أو إذا ثبت أن كل واحد منهما ليست بسبب بانفراده ما لم ينضم إليه الآخر علم أن السبب كليهما والأداء آخرهما، فبحال الرجوع إلى الأداء، والأداء وجد بعد القسمة، فيقتصر الأداء على حال وجوده، وهو حال ما بعد القسمة، فلا يوجب التقاضى القسمة، ولو قلنا: إن الأداء يستند إلى حالة الكفالة، فالتقاضى عنه سهل؛ لأن الأصل فى المستندات الثبوت إلى وقت السبب فى حق بعض الأحكام دون البعض، ألا ترى أنه باع من آخر جارية على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام، فأعتق المشترى الجارية فى مدة الخيار، ثم أجاز البيع البائع، فالملك لا يظهر فى حق عتق المشترى من وقت البيع حتى لا ينفذ عتقه من ذلك الوقت، ويظهر فى حق إكسابه حتى لو اكتسب الجارية اكتسابًا فى مدة الخيار، فالإكساب يكون للمشترى، وإذا ثبت أن أصل الثبوت إلى وقت السبب فى حق بعض الأحكام دون البعض اعتبر الأداء غير مستندة فى حق نقض القسمة حتى لا يؤدى إلى الدور.

٢١١٢٣- هذا إذا كان الوفاء فى تركة الكفيل دون تركة المطلوب واختار الطالب إتباع تركة المطلوب، أما إذا اختار إتباع تركة الكفيل فى هذه الصورة فالطالب يأخذ تمام حقه من تركة الكفيل بألف درهم، وغريم الكفيل يأخذ تمام حقه ألف درهم، ثم يرجع ورثة الكفيل فى تركة المطلوب بألف درهم، وغريم المطلوب يرجع فى تركته أيضًا بألف

---

(١) وفى م ف "أشارك".

درهم، وتركة المطلوب ألف درهم، فيقسم تركة المطلوب بينهما نصفان، بقى حق غريم المطلوب فى خمسمائة درهم، ولاينقض واحدة منهما؛ لأنه لم يظهر الخطأ فى واحدة، فإنا أعطينا الطالب من تركة الكفيل ألف درهم، وأعطينا غريم الكفيل من تركة الكفيل ألف درهم، وهكذا ينبغى لأنه اجتمع فى تركة الكفيل ألفا درهم ألف درهم للطالب بحكم الكفالة، وألف درهم لغريم الكفيل بحكم المداينة، وفى تركة الكفيل وفاء بهما، فلم يظهر الخطأ فيما فعلنا، وقسمنا تركة المطلوب بين غريمه وبين ورثة الكفيل نصفان، وهكذا كان ينبغى؛ لأنه اجتمع فى تركته ألفا درهم، ألف درهم لورثة الكفيل، وألف درهم لغريم المطلوب، فيكون تركته بنيهما نصفان، فلم يظهر الخطأ فيما فعلنا، فلا ينقض واحدة منهما.

٢١١٢٤- هذا الذى ذكرنا إذا كان فى تركة كل واحد منهما وفاء بالدينين، أو كان فى تركة أحدهما وفاء بالدينين، فأما إذا لم يكن كذلك بأن كان تركة كل واحد منهما ألف درهم، وعلى كل واحد منهما ألف درهم دين، للطالب ألف، وللآخر ألف، فللطالب الخيار، فإن اختار إتباع تركة المطلوب يقسم تركته بين الطالب، وبين غريم المطلوب نصفان، بقى إلى تمام حق كل واحد منهما خمسمائة، فيرجع الطالب بما بقى من تمام حقه فى تركة الكفيل، وذلك خمسمائة، ولغريم الكفيل ألف درهم عليه، وتركته ألف درهم، فيقسم تركة الكفيل أثلاثًا، ثلثه للطالب، وذلك ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون، وثلث، وثلثاه لغريم الكفيل، وذلك ستمائة وستة وثلثان، قال: وليس لورثة الكفيل أن يرجعوا بما أدى، أو أن ينقضوا القسمة الأولى، وأن يقولوا: ظهر الخطأ فى القسمة؛ لأنا قسمنا تركة المطلوب بين غريمين، وقد ظهر له غريم ثالث وهو محسن[1]، فإنا قد أديناه عنه بأمره، وإنما لم يكن لهم حق نقض تلك القسمة؛ لما ذكرنا قبل هذا أن ورثة الكفيل إنما صاروا غرماء للمطلوب بعد القسمة بسبب حادث بعد القسمة، وبمثلة لا ينقض القسمة، فإن اختار الطالب إتباع تركة الكفيل يقسم تركته بين الطالب وغريم الكفيل نصفان، بقى حق الطالب فى خمسمائة، فيرجع بذلك فى تركة المطلوب، ويرجع ورثة الكفيل فى تركة المطلوب بخمسمائة؛ لأنهم أدوا عنه خمسمائة، ولغريم المطلوب فى تركة المطلوب ألف درهم، فيجعل كل خمسمائة سهمًا، فيصير حق الطالب سهمًا،

(١) هكذا فى م، وكان فى الأصل "نحن".

وحق ورثة الكفيل سهماً، وحق غريم المطلوب سهمين، فجملة ذلك أربعة أسهم، يقسم تركة المطلوب وذلك ألف على أربعة أسهم، كل سهم مائتان وخمسون سهمًا، سهمان منهما وذلك خمس مائة لغريم المطلوب، وسهم منها وذلك مائتان وخمسون للطالب، والسهم الباقى لورثة الكفيل، ثم ما أخذ ورثة الكفيل لا يسلم لهم؛ لأنه مال الكفيل، وعليه دين بقدر سبعمائة وخمسين لغريم الكفيل خمسمائة، وللطالب مائتان وخمسون، فيجعل كل مائتين وخمسين منهما سهمًا، فيصير حق الطالب سهمًا وحق غريم الكفيل سهمين، فجملته ثلاثة أسهم قسمنا ما وصل إلى ورثة الكفيل، وذلك مائتان وخمسون على ثلاثة أسهم، لغريم الكفيل سهمان من ذلك وذلك مائة وستة وستون وثلثان، وللطالب سهم من ذلك، وذلك ثلاثة وثلاثون[1] وثلث، وليس لورثة الكفيل أن ينقضوا قسمة تركة المطلوب التى جرت بين الطالب وبين غريم المطلوب وورثة الكفيل، وأن يقولوا: ضربنا فى تلك القسمة بخمسمائة وظهر أن حقنا فى تركته فى خمسمائة وثلث المائتين والخمسين ثلاثة وثمانين وثلث، فظهر الخطأ فى القسمة، فنحن ننقضها لم يكن لهم ذلك؛ لأن قدر ثلث المائتين والخمسين إنما وجب لهم بعد القسمة بسبب حادث بعد القسمة مقصورًا على ما بعد القسمة، وفى مثله لا ينقض على ما مر.

طعن الفقيه أبو موسى الخوارزمى وكان مقدما فى علم الحساب وكان مقدما فى الفقه، وقد قيل: كان قاضيا ببلخ مدة مقامه ثمة وكان الفقيه أبو جعفر كان يأخذ منه الحساب بواسطة بأن كان يبعث واحدًا من أصحابه حتى يقرأ عليه شيئًا من الحساب ويلقنه ما يلقن، فقال: إن محمدًا غلط فى هذه الصورة فيما تقدم من الصور، فإنه لم يثبت لورثة الكفيل حق نقض القسمة فى تركة المطلوب حتى لا يقع الدور، وكان ينبغى أن يثبت لهم حق نقض قسمة تركته لوجود دليله، فيظهر الدور، ثم يطرح سهم الدور من حيث يقع الدور؛ لأن سهم الدور ساقط، وهكذا كان يفعل فى سائر الكتب.

بيان وجود دليل نقض القسمة فى هذه الصورة أن ورثة الكفيل يقولون: ضربنا فى تركة المطلوب بخمسمائة، وقد ظهر أنه حقنا فى خمسمائة وثلث مائتين وخمسين دينًا لباقى تركة المطلوب بسبب وجد منه حال حياته، وهو أمره إيانا بالكفالة عنه، والكفالة

---

(١) هكذا فى ف وم، وكان فى الأصل "ثمانون".

وجدت فى حال حياته، وإن كان الأداء وجد فى الحال بفعل فاعل مختار لا حكمًا للكفالة، وهذا كمن حفرا بئرًا على قارعة الطريق، ومات الحافر فوقع فيها دابة رجل، وقد كانت قسمت التركة بالحصص، فإنه ينقض القسمة، وإن حصل التلف بمشى الماشى عن اختياره لا حكمًا للحفر؛ لأن مشيه إنما يصير علة للتلف بسبب الحفر، والحفر وجد فى حال حياته، فصار كدين واجب فى حال حياته، فظهر أنا قسمنا تركة الحافر بين غريمين مثلا، وفى تركته غريم آخر فيجب نقضها، كذا ههنا يجب نقض قسمة تركة المطلوب حتى يضرب ورثة الكفيل فى تركة المطلوب بخمسمائة وثلث مائتين وخمسين ويضرب الطالب بخمسمائة، ثم لا يسلم لورثة الكفيل ما أخذوا من تركة المطلوب، بل يكون بين الطالب، وغريم المطلوب على قدر حقهما، فإذا أخذ الطالب من ذلك شيئًا يثبت لورثة الكفيل حق الرجوع بذلك فى تركة المطلوب فلا يزال يدور هكذا، ثم ينظر من أين يقع الدور فيطرح منهم الدور؛ لأن سهم الدور ساقط، فقد أخطأ محمد رحمه الله فى هذه المسألة من هذا الوجه، وترك أصله فيها.

والجواب عن الطعن أن يقال: إنما لم يشتغل محمد رحمه الله ببيان الدور فى هذه المسألة؛ لأنه لم يحتج إليه؛ لأن الدور إنما يحتاج إليه إذا وجب نقض قسمة المطلوب بعد ما ثبت حق الرجوع لورثة الكفيل بثلث مائتين وخمسين، ولم يجب نقض القسمة؛ لأنه لم يظهر خطأ باقى القسمة؛ لأن وارث الكفيل إنما صار غريمًا بسبب حادث غير مستند إلى ما قبلها من الوجه الذى ذكرنا، وقد ذكرنا أن نقض القسمة بمثل هذا لا يجب، وإذا لم يجب نقضها لم يقع الدور، وليس كمسألة الحافر؛ لأن هناك التلف وإن حصل بمشى الماشى، وإنه حصل عن اختياره لاحكمًا للحفر إلا أنه تعذر إحالة التلف على مشى الماشى؛ لأن المشى مباح للماشى إذا لم يعلم بذلك، فاضطررنا إلى أن نضيف التلف إلى الحفر، وإذا أضيف إلى الحفر للضرورة التى قلنا، ظهر أناأخطأنا فيما قسمنا؛ لأنا قسمنا بين غريمين، وقد ظهر أن وقت القسمة كان غريم ثالث، فأما ورثة الكفيل فلم يكونوا غرماء المطلوب وقت القسمة، وإنما صاروا غرماء لا بالكفالة السابقة، والأداء وجد بعد القسمة غير مستند إلى ما قبلها؛ لأنه وجد بفعل مختار لا حكمًا للكفالة، وقد أمكنا إحالة الوجوب إلى الأداء، فيصير ورثة الكفيل غرماء مقصورًا على حالة الأداء، فلم

يظهر خطاءنا في القسمة[١] كما في مسألة الإبراء، قياس الحفر من مسألتنا ما إذا كان الماشي عالمًا بالحفر حتى أمكن إحالة التلف إلى الماشي، وهناك لا يحال التلف إلى الحافر، حتى لا يجب الضمان عليه، فإنما لم يشتغل محمد رحمه الله في هذه المسألة ببيان الدور، لأنه لم يحتج إلى الدور؛ لأنه لم يعرف طريقها أو احتاج إليه -والله أعلم- .

---

(١) هكذا في ف وم، وكان في الأصل "في المسألة".

كتاب الفرائض

٢١١٢٥- هذا الكتاب يشتمل على خمسة وأربعين فصلا :

الفصل فى فضيلة الفرائض

الفصل فى بيان من يورث عنه ، ومن لا يورث عنه

الفصل فى بيان ما يجرى به الإرث

الفصل فى بيان الوقت الذى يجرى فيه الإرث

الفصل فى بيان ما يستحق الإرث ويحرم عنه

الفصل فى الحقوق إذا اجتمعت ، الفصل فى بيان أصناف الورثة

الفصل فى بيان ترتيب الورثة

الفصل فى بيان السهام المقدرة وبيان مستحقها ، وإنه يشتمل على اثنى عشر فصلا

الفصل فى بنات الصلب

الفصل فى بنات الابن

الفصل فى الأم

الفصل فى الجدات

الفصل فى الأخت لأب وأم

الفصل فى الأخت لأب

الفصل فى الأخت لأم

الفصل الأول
فى فضيلة تعلم الفرائض

٢١١٢٦- اعلم أن طلب العلم فى الجملة مأمور به، قال النبى عليه السلام: «اطلبوا العلم ولو بالصين»[١]، وقال عليه السلام: «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة لا سيما علم الفرائض»[٢]، فإن النبى عليه السلام خصه بالأمر بالتحصيل، بيانه فيما روى جبير بن تغير عن رسول الله ﷺ أنه قال: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها أول ما ينسى»، وفى حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال: «تعلموا الفرائض»[٣]، فإنها نصف العلم، وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى الأشعرى: إذا تحدثتم فحدثوا بالفرائض.

وتكلم العلماء أن رسول الله ﷺ لماذا سمى الفرائض نصف العلم فى حديث عائشة رضى الله عنها، بعضهم قالوا: لأن الآدمى له حالتان، حالة الحياة وحالة الممات، فحالة الحياة نصف وحالة الممات نصف، وسائر العلوم يحتاج إليها فى حالة الحياة، والفرائض

---

(١) أخرجه البزار فى "مسنده" ١/ ١٧٥ (٩٥) والبيهقى فى "شعب الإيمان" ٢/ ٢٥٣ (١٦٦٣) وذكره المناوى فى "فيض القدير" ١/ ٥٤٢ و٥٤٣، وذكره الذهبى فى "ميزان الاعتدال" ١/ ٢٤٥ و٣/ ٣٥٩ وابن حجر فى "لسان الميزان" ١/ ٢٣، ١٩٣، ٦/ ٣٠٤.

(٢) أخرجه ابن ماجه فى "سننه" ١/ ٨١ (٢٢٤) والبزار فى "مسنده" ١/ ١٧٢ (٩٤) والطبرانى فى "الأوسط" ١/ ٨ (٩) ٢/ ٢٨٩ و٢٩٧، ٢/ ٥٧ (٢٤٦٢) ٤/ ٦ ٢٤٥/ ٩٦ (٥٩٨٠) ٨/ ١٩٥. ٣٤٨، أخرجه الطبرانى فى "المعجم الكبير" ١/ ٣٦ (٢٢) ١/ ٥٨ (٦١) وأبو يعلى فى "مسنده" ٥/ ٢٢٣ (٢٨٣٧) والطبرانى فى "الكبير" ١٠/ ١٩٥ (١٠٤٢٩) والبيهقى فى "شعب الإيمان" ٢/ ٢٥٣ و٢٥٤، ولم أجد أحدًا ممن خرّج هذا الحديث من المذكورين أنه ذكر كلمة "مسلمة"، فإنها موضوع بلا شك.

(٣) أخرجه الحاكم فى "المستدرك" ٤/ ٣٦٩ (٧٩٤٨) وابن ماجه فى "سننه" ٢/ ٩٠٨ (٢٧١٩) والدارمى أيضًا فى "سننه" ١/ ٨٣ (٢٢١) ٢/ ٤٤١ (٢٨٥٠) ٢/ ٤٤٢ (٢٨٥٦) والدارقطنى أيضًا فى "سننه" ٤/ ٦٧ (١) والبيهقى فى "الكبرى" ٦/ ٢٠٨ و٢٠٩ (١١٩٥٥ و١١٩٥٦) وأبو عثمان الخراسانى فى "كتاب السنن" ١/ ٤٣ و٤٤ (١) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٦/ ٢٣٩ (٣١٠٣٤) والطبرانى فى "الكبير" ٩/ ١٨٨ (٨٩٢٨) وفى "الأوسط" أيضًا ٥/ ٢٧٢ (٥٢٩٣).

يحتاج إليها بعد الموت، فسمى الفرائض نصفًا لهذا، وقيل: إنما سماه نصفًا؛ لأن الأسباب التى يقع بها الملك نوعان: مكتسب كالهبة والوصية والبيع، وغير ذلك، وغير مكتسب كالإرث، فالمكتسب نصف وغير المكتسب نصف، فسماها نصفًا لهذا.

بعد هذا الكلام فى فصول: أحدهما: أن محمداً لماذا سمى هذا الكتاب فرائض، ولم يسمّه كتاب المواريث كما هو حقيقة؟ قيل: اقتداء بكتاب الله تعالى، فإن الله تعالى قال فى آخر آية من آيات المواريث: ﴿فَرِيضَةً مِنَ اللهِ﴾(١)، وقيل: اقتداء برسول الله ﷺ، فإنه ﷺ سماها فرائض فى الأحاديث الذى روينا، وقيل: لأن الفرائض عبارة من التقدير، قال الله تعالى: ﴿فَنِصفُ مَا فَرَضتُم﴾(٢) أى قدرتم، وسهام المواريث كلها مقدرة.

---

(١) سورة النساء: الآية١١.

(٢) سورة البقرة: الآية٢٣٧.

الفصل الثانى
فى بيان من يورث عنه ومن لا يورث عنه

٢١١٢٧- المنقول من المتقدمين أن كل من يرث، يورث عنه، ومن لا يرث، يورث عنه ولكن هذا التفضيل غير مطرد، فالمرتد لا يرث من أحد ويرث عنه ورثته المسلمون والجنين يرث، ويظهر حكمه بعد الانفصال على ما يأتى بيانه بعد هذا، ولا يورث عنه وإن الأنبياء عليهم السلام كانوا لا يرثون من أحد، وكان لا يرث أحد منهم، والذى روى أن رسول الله ﷺ ورث مال خديجة لا يصح، وإنما الصحيح أن خديجة رضى الله عنها وهبت جميع مالها لرسول الله ﷺ وفى حياتها وصحتها.

الفصل الثالث
فى بيان ما يجرى فيه الإرث

٢١١٢٨- فنقول: لا شك أن أعيان الأموال يجرى فيها الإرث، وأما الحقوق منها ما لا يجرى فيه الإرث، نحو حق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف عندنا والنكاح لا يورث بلا خلاف، وحبس المبيع وحبس الرهن يورث والوكالات والعوارى والودائع لا يورث، واختلف المشايخ فى خيار العيب، منهم من قال: يورث، ومن المشايخ من قال: يثبت للورثة ابتداء، والدية تورث بلا خلاف، وأما القصاص فقد ذكر فى الأصل أنه يورث، ومن المشايخ من أبى ذلك وقال: يثبت للورثة ابتداء، ويجوز أن يقال: القصاص لا يورث عند أبى حنيفة رحمه الله ويورث عندهما، واستدل هذا القائل بمسألة: صورتها: أحد الورثة إذا أقام البينة على القصاص، والباقى غيب، ثم حضروا ليس لهم الاستيفاء ما لم يقيموا البينة فى قول أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما لهم حق الاستيفاء كما فى الدية من غير إعادة البينة، والولاء لا يورث بلا خلاف.

الفصل الرابع
فى بيان الوقت الذى يجرى فيه الإرث

٢١١٢٩- هذا الفصل اختلف فيه المشايخ، قال مشايخ العراق: الإرث يجرى فى آخر جزء من أجزاء حياة المورث، وقال مشايخ بلخ: الإرث يجرى بعد موت المورث، وجه قول مشايخ بلخ: إن المورث مادام حيّا، فهو مالك جميع أمواله من كل وجه، فلو ملكه الوارث فى هذه الحالة أدى إلى أن يصير الشيء الواحد مملوكًا لشخصين لكل واحد على الكمال فى حالة واحدة، وهذا أمر يدفعه المقتول، وجه قول مشايخ العراق: إن الإرث انتقال مال المورث إلى الوارث، وبموت الوارث زال ملكه، فما ذا ينقل[1] إلى الوارث، والدليل عليه أن الإرث يجرى بين الزوج والزوجة بلا خلاف، فبأى سبب يجرى الإرث بينهما، وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر فى رجل تزوج بأمة الغير، ثم قال لها: إذا مات مولاك، فأنت حرة، فمات المولى والزوج وارثه، هل تعتق؟ فعلى قول من يقول: بأن الإرث يجرى فى آخر جزء من أجزاء الحياة يعتق؛ لأن العتق أضيف إلى ما بعد ثبوت ملك الوارث، فيصح، وعلى قول من يقول: بأن الإرث يجرى بعد الموت لا يعتق؛ لأنه بالموت يزول ملك المورث، ثم يثبت للوارث بعد موت المورث مضافًا إلى زمان ملك الوارث، فلا يصح، وذكر هذه المسألة فى القدورى، وذكر أن على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق، وعلى قول زفر: يعتق.

---

(١) وفى ف "فما لاينقل".

الفصل الخامس
في بيان ما يستحق بالإرث ويحرم عنه

٢١١٣٠- فنقول: ما يستحق به الإرث شيئان: النسب، والسبب، فالمنتمى بالنسب على ثلاثة أنواع: المنتسب: وهم الأولاد، والمنتسب إليه: وهم الآباء والأمهات، والمنتسب إليهم: وهم الإخوة والأخوات والأعمام والعمات، وغير ذلك، والسبب ضربان زوجة وولاء، والولاء نوعان: ولاء عتاقة، وولاء موالاة، ومن النوعين من الولاء يرث الأعلى من الأسفل، ولايرث الأسفل من الأعلى، هذا بيان جملة ما يستحق به الإرث، جئنا إلى بيان ما يحرم عن الإرث، فنقول: ما يحرم به عن الميراث الرق حتى إن العبد لا يرث من الحر، والحر لا يرث من العبد، وسيأتي بعض هذه المسائل بعد هذا -إن شاء الله تعالى- والقتل مباشرة بغير حق، ففى القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء: أحدها: المباشرة سواء كان عمدًا أو خطأ، الشرط الثانى: أن يكون القتل بغير حق، فالقتل لحق لا يوجب حرمان الميراث، الشرط الثالث: أن يكون المباشر مخاطبًا، وسيأتى الكلام فى فصل القتل بعد هذا -إن شاء الله تعالى- وكذلك اختلاف الدارين سبب لحرمان الإرث؛ لأن الميراث إنما يستحق بالنصرة، ولاينصر أحدهما لصاحبه، ولكن هذا الحكم فى حق أهل الكفر لا فى حق المسلمين حتى إن المسلم إذا مات فى دار الإسلام، وله ابن مسلم فى دار الهند أو فى دار الترك يرث منه، وكذلك الدين سبب لحرمان الإرث، قال الله تعالى: ﴿مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصُونَ بِهَا أَو دَينٍ﴾[١]، وهذا إذا كان الدين مستغرقًا، أما إذا كان غير مستغرق، فالقياس أن يوجب حرمان الميراث، وفى الاستحسان: لا يوجب، وقيل: البعد سبب لحرمان الإرث أيضًا، حتى لايرث البعيد مع القريب، إذ لو ورث ورث جميع أهل العالم من بيت واحد، وإنه محال -والله أعلم-.

---

(١) سورة النساء: الآية ١١.

الفصل السادس
فى الحقوق إذا اجتمعت فى التركة بأيها يبدأ

٢١١٣١- يجب أن يعلم بأن التركة يتعلق بها حقوق أربعة : جهاز الميت ودفنه، والدين، والوصية، والميراث، فيبدأ أولا بجهازه وكفنه، وما يحتاج إليه فى دفنه بالمعروف، ثم بالدين، وإنه لا يخلو : إما إن كان الكل دين الصحة، أو كان الكل دين المرض، أو كان البعض دين الصحة، والبعض دين المرض، فإن كان الكل دين الصحة، أو دين المرض، فالكل على السواء لا يقدم البعض على البعض، وإن كان البعض دين الصحة والبعض دين المرض، يقدم دين الصحة إذا كان المرض ثبت بإقرار المريض، وإن كان دين المرض ثبت بالبينة أو بالمعاينة فهو ودين الصحة سواء، ثم ينفذ وصاياه من ثلث ماله إلا أن يجيز الورثة أكثر من الثلث، ثم يقسم الباقى بين الورثة على سهام الميراث، وهذا إذا كانت الوصية بشىء بعينه، فأما إذا كانت شائعة نحو الوصية بالثلث، أو بالربع لا يقدم الوصية على الميراث، بل يكون الموصى له شريك الورثة فى هذه الصورة يزداد حقه بزيادة تركة الميت، وينقص حقه بنقصان تركة الميت .

الفصل السابع
فى بيان أصناف الورثة

٢١١٣٢- فنقول : أصناف الورثة ثلاثة : أصحاب الفرائض ، والعصبات ، وذوو الأرحام ، فأصحاب الفرائض من لهم سهام مقدرة بأصل من أصول الشريعة ، إما الكتاب ، أو السنة ، أو الإجماع ذكرًا كان أو أنثى ، والعصبات من ليس لهم سهام مقدرة يستحقون جميع المال ، إذا لم يكفِ ثمة أصحاب الفرائض ، فهم فى الحاصل صنفان : أحدهما : من جهة النسب ، والآخر : من جهة السبب ، وسيأتى بيان ذلك فى فصل العصبات ، وذوو الأرحام من لا فرض لهم من الورثة ولا تعصيب ، والحكم فيه أنه إذا انفرد واحد منهم يستحق جميع المال ذكرًا كان أو أنثى ، وفى الحاصل هم أصناف ، وسيأتى بيان ذلك فى فصل ذوى الأرحام .

الفصل الثامن
في بيان ترتيب الورثة

٢١١٣٣- فنقول : أولى من يقسم عليهم الميراث أصحاب الفرائض ، ثم العصبات من جهة النسب ، ثم مولى العتاقة ، ثم الرد على ذوى السهام ، ثم ذوى الأرحام ، ثم مولى الموالاة ، ثم المقر له بالنسب من الغير بحيث لا يثبت نسبه من ذلك الغير ، إذا مات المقر مصرّا على إقراره نحو أن يقر بأخ أو أخت ، أو ما أشبه ذلك ، ثم الموصى له بجميع المال ، ثم بيت المال .

الفصل التاسع
فى بيان السهام المقدرة وبيان مستحقيها

٢١١٣٤- وإنه مشتمل على فصول، فنقول: السهام المقدرة ستة، نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس، والمستحقون لهذه السهام اثنى عشر نفراً من الورثة، ثمان من النساء وسبع منهن بالنسب، وهن بنات الصلب وبنات الابن والأم والجدة والأخت لأب وأم، والأخت لأب، والأخت لأم، وواحدة بالسبب وهى الزوجة، وأربع من الرجال، ثلاث منهم بالنسب، وهم الأب والجد أب الأب، والأخ لأم، وواحد بالسبب وهو الزوج غير أن الستة من هؤلاء حال لهم لا غير، وهم الزوج والزوجة والأم والجدة والأخ لأم، والأخت لأم، وستة لهم حالان، سهم وتعصيب، وهو الأب والجد أب الأب والبنت وبنت الابن والأخت لأب وأم، والأخت لأب.

الفصل العاشر
في بنات الصلب

٢١١٣٥- لهن حالان : سهم، وتعصيب، إذا لم يكن للميت ابن فهن صاحبات سهم، وسهم الواحد منهن النصف وسهم البنتين فصاعداً الثلثان لا يزاد على ذلك وإن كثرن، هذا هو قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء، وإن كان للميت ابن، فإنها تصير عصبة به، ويسقط اعتبار النصف والثلثين، ويقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان للميت ابن ابن وابنة، فللابنة النصف، والباقي لابن الابن -والله أعلم-.

الفصل الحادى عشر
فى بنات الابن

٢١١٣٦- لهن حالان : سهم وتعصيب إذا لم يكن ابن ولا بنتان فصاعداً، ولا ابن ابن، فهى صاحبة سهم، وسهم الواحدة النصف، وسهم الثنتين فصاعداً الثلثان مما ترك إذا كن فى درجة واحدة، ولا يزاد على الثلثين وإن كثرن، هذا قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء، وإن كان للميت ابن، فلا شيء لبنت الابن، وكذلك إذا كان للميت بنتان، فلا شيء لبنت الابن إلا أن يكون فى درجتها، أو أسفل منها ذكر، فيصير عصبة، ويقسم ما بقى من بعد نصيب الابنتين بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان للميت بنت واحدة وبنت ابن فللابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين، وإن كان للميت ابن ابن وابن ابن، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان له بنات ابن بعضهن أسفل من بعض، فإن كان فى الدرجة الأولى ابنتان فصاعداً، ولم يكن بدرجتهن ذكر، فلهن الثلثان، وسقطت الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر، ولو كان فى الدرجة الأولى واحدة، ولم يكن بدرجتهما ذكر استحقت هى النصف، والتى تليها السدس تكملة للثلثين، وسقطت الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر، فحينئذٍ صارت التى معها ذكر، والتى فوقها عصبة، ويقسم الباقى بعد نصيب البنتين فى الدرجة الأولى، وبعد نصيب الواحدة التى هى من الدرجة الأولى، والتى تليها بينهما، ومن فوقها للذكر مثل حظ الأنثيين.

٢١١٣٧- بيان هذا من المسائل : إذا هلك الرجل، وترك ابنتى ابن وابنة ابن ابن وابنة ابن ابن ابن وابنة ابن ابن ابن ابن، فلبنتى الابن ثلثا المال، وسقط الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر، فحينئذٍ صارت التى معها ذكر، والتى فوقها عصبة، وسقطت الباقيات حتى إذا كان الذكر مع ابنة ابن ابن ابن صارت هى، والتى فوقها وهى ابنة الابن عصبة يقسم ما بقى بعد نصيب ابنتى الابن بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وسقطت ابنة ابن ابن ابن، ولو كان فى الدرجة الأولى ابنة واحدة بأن ترك ابنة ابن،

والباقي بحاله، فلبنت الابن نصف المال، والتي تليها وهي بنت ابن الابن السدس تكملة للثلثين، وسقطت الباقيات إلا إذا كان مع الواحدة من الباقيات ذكر، فحينئذٍ صارت التي معها ذكر، والتي فوقها عصبة إلا أن التي معها ذكر تصير عصبة به لا محالة، والتي فوقها إنما تصير عصبة إذا لم يصل إليها فرضها، أما إذا وصل إليها فرضها: فلا، حتى إن في المسألة الأولى حكم العصوبة لا تثبت لبنتي الابن بذكر مع الواحدة من الباقيات؛ لأنه وصل إليها فرضها، وفي المسألة الثانية: حكم العصوبة لا تثبت لبنت الابن ولبنت ابن الابن بذكر مع واحدة من الباقيات؛ لأنه وصل إليهما فرضهما.

٢١١٣٨-ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهن أسفل من بعض، فالعليا من الفريق الأول يكون بنت ابن الميت، والوسطى من الفريق الأول يكون بنت ابن ابن الميت، والسفلى من الفريق الأول يكون بنت ابن ابن ابن الميت لبنتي الابن، والعليا من الفريق الثاني يكون بنت ابن ابن ابن الميت، والوسطى من الفريق الثاني يكون بنت ابن ابن ابن الميت، والسفلى من الفريق الثاني يكون بنت ابن ابن ابن ابن الميت، والعليا من الفريق الثالث يكون بنت ابن ابن ابن الميت، والوسطى من الفريق الثالث يكون بنت ابن ابن ابن ابن الميت، والعليا من الفريق الثالث يكون بنت ابن ابن ابن ابن ابن الميت، صورة الفريق الأول بنت ابن بنت ابن ابن ابن، صورة الفريق الثاني بنت ابن ابن بنت ابن ابن بنت ابن ابن ابن، صورة الفريق الثالث بنت ابن ابن ابن بنت ابن ابن ابن ابن، إذا عرفنا صورة المسألة فنقول: العليا من الفريق الثاني والسفلى من الأول لا يوازيها أحد والوسطى من الفريق الأول يوازيها العليا من الفريق الثاني، والسفلى من الفريق الأول يوازيها الوسطى من الفريق الثاني، والعليا من الفريق الثالث، والعليا من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثاني يوازيها العليا من الفريق الثالث، والسفلى من الفريق الأول، والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الثالث يوازيها الوسطى من الفريق الثاني، والسفلى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثالث يوازيها السفلى من الفريق الثاني، والسفلى من الفريق الثالث لا يوازيها أحد.

جئنا إلى بيان حكم المسألة، فنقول: العليا من الفريق الأول النصف، والوسطى

من الفريق الأول، والعليا من الفريق الثانى تكملة للثلثين، وسقطت الباقيات، وإن سقطت العليا من الفريق الأول، فللوسطى من الفريق الأول، والعليا من الفريق الثانى الثلثان عند عامة الصحابة، وسقطت الباقيات، فإن سقطت الوسطى من الفريق الأول أيضًا، فللعليا من الفريق الثانى النصف، وللسفلى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثانى، والعليا من الفريق الثالث السدس تكملة للثلثين، وسقطت الباقيات، فإن سقطت العليا من الفريق الثانى أيضًا، فللسفلى من الفريق الأول، والوسطى من الفريق الثانى، والعليا من الفريق الثالث الثلثان بالاتفاق، وسقطت الباقيات، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسألة .

الفصل الثانى عشر
فى الأم

٢١١٣٩- زعم بعض العلماء أن الأم عصبة مع الأب عند عامة الصحابة، وعند عبد الله[1] ابن عباس رضى الله عنهما هى صاحبة فرض على كل حال، والصحيح أنها صاحبة الفرض عند الكل على كل حال، وفرضها السدس إذا كان للميت ولد، أو ولد ابن وإن سفل، أو ثلاثة من الإخوة، أو من الأخوات، أو من الإخوة والأخوات بالإجماع، أو اثنان من الإخوة أو من الأخوات، أو من الإخوة والأخوات عند عامة الصحابة، وبه أخذ أصحابنا، وعند انعدام هؤلاء فرضها الثلث إلا إذا كانت مع أب وأحد الزوجين، فلها ثلث ما بقى بعد نصيب أحد الزوجين عند عامة الصحابة، وبه أخذ أصحابنا حتى إذا كان للميت امرأة وأبوان، فللمرأة من أربعة أسهم سهم، وللأم ثلث ما بقى، ولو كان للميت زوج وأبوان، فللزوج النصف، وللأم ثلث ما بقى، أصل المسألة من ستة، فإن لم يكن معها أب وأحد الزوجين، فلها ثلث جميع المال عند عامة الصحابة، واختلفت الروايات عن أبى حنيفة رحمه الله فى فرض الأم مع الجد وأحد من الزوجين، فروى أبو يوسف رحمه الله : أن لها ثلث ما بقى بعد نصيب أحد الزوجين كما لو كان مكان الجد أب، وروى محمد عنه : أن لها ثلث جميع المال بخلاف ما إذا كان مكان الجد أب.

---

(١) هكذا فى الأصل وف، وكان فى م "عند عبد الله بن مسعود وعباس".

الفصل الثالث عشر
فى الجدات

٢١١٤٠- يجب أن يعلم بأن للجدات طبقات: طبقة هن من جملة أصحاب الفرائض يعرفن بالثابتات، وطبقة هن من جملة ذوى الأرحام يعرفن بالساقطات، والفاصل أن كل جدة دخل فى نسبتها إلى الميت أب بين أمّين، فهى ساقط كأم أب الأم ونحوها، وكل جدة لم يدخل فى نسبتها إلى الميت أب بين أمين، فهى ثابتة من أى جانب كانت كأم الأم وأم أم الأب وأم أب الأب ونحوهن، هذا هو مذهب عامة الصحابة، وبه أخذ علماءنا، فأما الساقطات: فسيأتى بيان أحكامهن فى باب ذوى الأرحام، وأما الثابتات: فهى ضربان متحاذيان، ومعناه أن يكنّ فى درجة واحدة، وغير متحاذيات ومعناه أن يكنّ فى درجات مختلفة، وكلهن يسقطن بالأم، فالأم تحجب الجدات كلها من قبلها، ومن كانت من قبل الأب، والأب يحجب من كانت من قبله، ولا يحجب من كانت من قبل الأم، فلا رواية فى هذا الفصل عن أصحابنا، وكان الشيخ شمس الأئمة الحلوانى يقول: يحجبها لأنه ابنها، فيحجبها كابنها الذى هو أب الميت وغيره من المشايخ كانوا يقولون: لا يحجبها، بخلاف ابنها الذى هو أب الميت، والأب فى هذا يخالف الجد، فإن أم الأب لا ترث مع الأب، وترث مع الجد.

٢١١٤١-وإذا كان الأب حيّا، وللميت أم الأب وأم الأم حتى لا ترث أم الأب عند أصحابنا ما ذا يعطى أم الأم؟ ولم يروَ فى ذلك شىء عن أصحابنا رحمهم الله، وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا: يعطى لها جميع فريضة الجدات، وبعضهم قالوا: يعطى لها نصف فريضة الجدات.

٢١١٤٢-والقربى منهن تحجب البعدى من جانب واحد بلا خلاف، وهل تحجب البعدى من الجانبين؟ ففيه اختلاف المشايخ، بيانه أنه إذا كان للميت أم الأب وأم أم الأم والأب حى، فعند بعض المشايخ ترث الجدة من قبل الأم، وعند بعضهم: لا شىء لواحدة منهما؛ لأن أم أم الأم تصير محجوبة بالأب، وأم الأب تصير محجوبة بالأب،

وفريضة الواحدة منهن السدس، وإذا كثرن وهى متحاذيات، فالسدس بينهن بالسوية، هذا قول عامة الصحابة وعامة الفقهاء، وقال عبد الله بن عباس: فريضة الجدات السدس فى حال ما يكون فريضة الأمّ السدس، وفريضة الجدات الثلث فى حال ما يكون فريضة الأم الثلث.

٢١١٤٣-وإن كان للميت جدة من جهة واحدة وجدة من جهتين أو ثلاث جهات، قال أبو يوسف رحمه الله: لا عبرة لكثرة الجهات، والسدس بينهن بالسوية، وقال محمد رحمه الله: لكثرة الجهات عبرة، والسدس بينهن على عدد الجهات، وصورة الجدة من جهتين، امرأة زوجت ابنة ابنتها من ابن ابنها، فولدت بينهما غلام، فهذه المرأة لهذا الغلام جدة من جهتين، فإنها أم أم الغلام وأم أب أبيه، فلو مات هذا الغلام، وترك هذه الجدة وجدة أخرى من قبل الأم، وهى أم ابنه قال أبو يوسف رحمه الله: السدس بينهما بالسوية، وقال محمد رحمه الله: أثلاثًا، ثلثاه لذات الجهتين وثلاثة لذات الجهة الواحدة، وصورة الجدات من الجهات الثلاث أن هذه الزوجة زوجت ابنة ابنة ابنة لها أخرى من هذا الغلام، فولدت بينهما غلام، فإن هذه الزوجة لهذا الغلام المولود الثانى جدة من ثلاث جهات: من جهة هى أم أم أمه، ومن جهة هى أم أم أم أبيه، ومن جهة هى أم أب أبيه، فلو مات هذا الغلام، وترك هذه المزوجة وجدة أخرى من قبل الأب، وهى أم أب الأب، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: السدس بينهما نصفان، وعلى قول محمد رحمه الله: السدس بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للزوجة هذه، وسهم واحدة للجدة الأخرى، وإن سلمت عن ست جدات متحاذيات كلهن وارثات، فصورتها: أم أم أم أم أم وأم أم أم أب أب وأم، وأم أب أب أب وأم أب أب أب أب -والله أعلم-.

الفصل الرابع عشر
فى الأخت لأب وأم

٢١١٤٤- قد ذكرنا أن للأخت لأب وأم حالان: سهم، وتعصيب إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن وإن سفل، ولا أب ولا جد أب الأب وإن علا، ولا أخ لأب وأم، فهى صاحبة سهم سهم الواحدة النصف وسهم اثنتين فصاعداً الثلثان ولا يزاد على الثلثين وإن كثرن، وإن كان للميت ابن أو ابن ابن أو أب، فلا ميراث لها، وكذا إذا كان له جد أب الأب عند أبى حنيفة رحمه الله خلافًا لهما، فالجد عند أبى حنيفة رحمه الله يحجب الأخوات كلها كالأب وعندهما لا يحجب، وإن كان للميت ابنة أو ابنة ابن، فالأخت لأب وأم فى هذه الحالة عصبة يأخذ الابنة أو ابنة الابن فرضها، والباقى يكون للأخت، فالأخت لأب وأم يصير عصبة مع البنت ومع ابنة الابن، فكذلك إذا كان معها بدرجتها أخ لأب وأم تصير عصبة به، فإن كان معها أخ لأب، فهى صاحبة سهم، ولا يصير عصبة بالأخ لأب -والله أعلم-.

الفصل الخامس عشر
فى الأخت لأب

٢١١٤٥- قد ذكرنا أن للأخت لأب حالان أيضًا : سهم، وتعصيب إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن وإن سفل، ولا أب ولا جد أب الأب وإن علا، ولا أخ لأب وأم ولا أخ لأب، ولا أختان لأب وأم، فهى صاحبة سهم، وسهم الواحدة النصف، وسهم الثنتين فصاعدًا الثلثان، وإن كان للميت ابن، أو ابن ابن وإن سفل، أو أب أو أخ لأب وأم، فلا ميراث لها، وكذا إذا كان للميت جد أب الأب عند أبى حنيفة رحمه الله، وكذلك إذا كان للميت أختان لأب وأم، فلا ميراث لها إلا أن يقع فى درجتها ذكر فيعصبها، وإن كان للميت أخت لأب وأم وأخت لأب، فللأخت لأب وأم النصف، وللأخت لأب السدس تكملة للثلثين، وإن كان للميت بنت، أو بنت ابن أو أخ لأب، فهى عصبة -والله أعلم- .

الفصل السادس عشر
فى الأخت لأم

٢١١٤٦- الأخت لأم صاحبة سهم إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن وإن سفل ولا أب ولا جد أب الأب وإن علا، وإن كان للميت واحد من هؤلاء، فلا شيء لها، وفريضة الواحدة منهن السدس، وفريضة البنتين فصاعداً الثلث لا يزاد على الثلث وإن كثرن.

الفصل السابع عشر
في الزوجات

٢١١٤٧- الزوجة صاحبة فرض على كل حال، وفريضة الواحدة فصاعداً إلى الأربع الربع إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ابن وإن سفل، والثمن للميت إذا كان ولداً أو لد ابن، هذا بيان حكم أصحاب الفرائض من النساء جئنا إلى بيان حكم أصحاب الفرائض من الرجال.

الفصل الثامن عشر
فى الأب

٢١١٤٨- للأب أحوال ثلاثة : إذا كان للميت ابن أو ابن ابن ، فهو صاحب سهم وسهمه السدس ، وإذا كان للميت ابنة أو ابنة ابن ، فهو صاحب سهم ، وعصبة يأخذ السدس أولا بحكم الفرض ، ويأخذ الابنة أو ابنة الابن نصيبها وهو النصف ، بعد ذلك يأخذ الباقى بحكم العصوبة ، وإن لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، فهو عصبة يأخذ ما يأخذ بحكم التعصيب ، وإن كان للميت أبوان ، بأن كانت جارية مشتركة بين رجلين جاءت بولد ، فادعياه حتى يثبت النسب منها ، ثم مات هذا الولد ، فإنهما يرثان ميراث أب واحد ، ويكون ذلك سهمًا .

الفصل التاسع عشر
في الجد

٢١١٤٩- والجد نوعان: صحيح، وفاسد، فالفاسد من جملة ذوى الأرحام، والصحيح له أحوال ثلاثة على نحو ما ذكرنا فى الأب، وحكمه حال عدم الأب فى حق استحقاق السهم والتعصيب حكم الأب وسهم الواحد السدس، وإذا كثروا، فالسدس بينهم بالسوية، والفاصل بين الجد الصحيح وبين الجد الفاسد أن كل جد فى نسبته إلى الميت أم، فهو فاسد، وذلك كأب الأم وأب أم الأب.

الفصل العشرون
فى الأخ لأم

٢١١٥٠- الأخ لأم صاحب فرض إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ولد وإن سفل، ولا جد أب الأب وإن علا، وفريضة الواحد السدس، وفريضة المثنى فصاعداً الثلث وإن كثروا.

الفصل الحادى والعشرون
فى الزوج

٢١١٥١- الزوج صاحب فرض على كل حال، وفريضته النصف إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ابن وإن سفل، والربع إذا كان للميت ولد أو لد ابن والواحد من الأزواج، والجماعة إلى الأربع فى حق استحقاق سهم الأزواج على السواء، حتى إن جماعة إلى الأربعة لو ادعوا نكاح امرأة، ولم يكن المرأة فى بيت واحد منهم، ولا دخل بها واحد منهم، ولا أمرت لواحد منهم[1]، ولا يعرف أيهم أول، فأقام كل واحد منهم البينة على نكاحها، فماتت المرأة قبل أن يقضى القاضى بشيء، فإن القاضى يقضى بميراث زوج واحد، ويكون بينهم بالسواء، وذكر محمد رحمه الله هذه المسألة فى كتاب النكاح، ووصفها فى الرجلين.

---

(١) هكذا فى الأصل، وكان فى م "ولا أقرت"، وفى ف "ولا أب لواحد منهم".

الفصل الثانى والعشرون
فى مسائل الجد

٢١١٥٢- الجد يقوم مقام الأب فى حجب الإخوة والأخوات لأم بالإجماع، ويقوم مقام الأب فى حجب الإخوة لأب وأم، أو لأب، وفى حجب الأخوات لأب وأم، أو لأب عند أبى حنيفة رحمه الله، وهذا قول أبى بكر الصديق وعبد الله بن عباس وأبى موسى الأشعرى وطلحة وابن الزبير رضى الله عنهم، وكان زيد يقاسم الجد بالإخوة والأخوات مادامت المقاسمة خيراً بأن كان لا ينقص نصيبه من الثلث، وكان يجعل الجد كأخ آخر وكان يجعل نصيبه كنصيب أخ، فإذا انتقص نصيبه من الثلث يعطيه ثلث المال وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله.

٢١١٥٣- بيانه من المسائل: إذا ترك الرجل أختًا لأب وأم أو لأب وجدا، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله المال كله للجد، وعلى قولهما: المال بينهما على ثلاثة أسهم: سهمان للجد، وسهم للأخت، ويجعل الجد فى هذه الصورة كأخ آخر؛ لأنه المقاسمة خير له، فإنا إذا جعلناه كأخ يصيبه سهمان من ثلاثة، فيجعل كذلك، وإن ترك ثلاث أخوات لأب وأم أو لأب وجدا، يقسم المال بينهم أخماسًا عندهما: سهمان للجد، ولكل أخت سهم، وإن ترك أخوين لأب، وأم أو لأب وجد، فللجد الثلث، ويجعل الجد كأخ آخر، فيقسم المال أثلاثًا، أو إن ترك أخًا لأب وأم وأخت لأب وأم وجدا، يقسم المال بينهم أخماسًا: سهمان للجد، وسهمان للأخ، وسهم للأخت، ويجعل الجد كأخ آخر؛ لأن المقاسمة خير له؛ لأنا لو أعطيناه الثلث فى هذه الحالة أعطيناه سهمين من ستة وسهمان من خمسة خير من سهمين من ستة.

ولو ترك أخوين لأب وأم وأختًا لأب وأم وجدا، فههنا يعطى الجد ثلث المال؛ لأن الثلث خير له ههنا؛ لأن بالمقاسمة يحصل له سهمان من سبعة، فإنا إذا جعلنا الجد كأخ آخر صار تقدير مسألتنا: رجل مات، وترك ثلاثة إخوة لأب وأم وأختًا لأب وأم، فيكون القسمة من سبعة لكل أخ سهمان، فإذا أعطيناه الثلث أعطيناه سهمًا من ثلاثة، ولا شك

أن سهمًا واحدًا من ثلاثة خير من سهمان من سبعة، وكذلك إذا ترك أخوين لأب وأختًا لأب وجدا، كان الجواب كما قلنا.

وإن ترك جدًا أو أخًا لأب وأم أو لأب، وأختين لأب وأم، أو لأب، ففي هذه المسألة لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث عندهما؛ لأن بالمقاسمة يصير كأنه مات عن ثلاثة إخوة؛ لأنا جعلنا الأختين أخًا، وإذا كان كذلك يقسم المال بينهم، فيكون للجد الثلث سهم من ثلاثة، ولو أعطيناه الثلث ابتداء كان الحساب من ثلاثة، للجد سهم من ثلاثة، فهو معنى قولنا: إنه لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث ههنا، والفتوى في هذه المسائل وما يتصل بها على قول أبي حنيفة رحمه الله.

٢١١٥٤- مسائل ملقية يتصل بعضها بمسائل الجد: فمن جملتها مسألة الخرقاء، صورتها: أم وجد وأخت لأب وأم، فعند أبي بكر الصديق رضي الله عنه للأم الثلث، والباقي للجد، ولا شيء للأخت وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وإنما سميت هذه المسألة بهذا الاسم؛ لأنه خرقها أقوال الصحابة رضي الله عنهم لكثرة اختلافهم في ذلك، وعلى قول علي رضي الله عنه: للأم الثلث، والباقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

٢١١٥٥- ومنها مسألة الأكدرية: صورتها: أم وزوج وأخت لأب وأم وجد، فعند أبي بكر رضي الله عنه للأم الثلث، والباقي للجد، وقال علي رضي الله عنه: للأم الثلث، وللأخت النصف، وللزوج النصف، وللجد السدس، فقال: المسألة من ستة إلى تسعة، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وإنما سميت هذه المسألة بالأكدرية؛ لأن امرأة من بني أكدر ماتت، وتركت من الورثة من سمّى، فوقعت هذه المسألة، وقيل: إنما سميت هذه المسألة بالأكدرية لأنه يكدر فيها أقوال زيد؛ لأنه اضطرب فيها أقواله.

٢١١٥٦- ومنها مسألة الحمارية: صورتها: زوج وأم واثنان من أولاد الأم وإخوة لأب وأم، فعند علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما للأم السدس، وللزوج النصف، ولأولاد الأم الثلث، ولا شيء للإخوة للأب وأم، وقال ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما: الإخوة لأب وأم يشاركون أولاد الأم، وقد حكي: أن هذه المسألة وقعت في

زمن عمر رضى الله عنه، فسئل هو عن ذلك، فلم يعط الإخوة لأب شيئًا، فقالت الإخوة لأب وأم : يا أمير المؤمنين! هب إن أبانا كان حمارًا، ألسنا خرجنا من بطن أم واحدة؟ فقال عمر : نعم، هم بنو أم واحدة، وشركهم فى الثلث، وسميت المسألة حمارية بهذا .

٢١١٥٧- ومن جملة ذلك مسألة المنبرية، صورتها : أبوان وبنتان وزوجة، فللأبوين السدسان، وللبنتين الثلثان، وللزوجة الثمن، أصل المسألة من أربعة وعشرين، فعالت منها إلى سبعة وعشرين، وإنما سميت هذه المسألة منبرية ؛ لأن عليّا رضى الله عنه كان يخطب على المنبر، فسئل عن هذه المسألة، فأجاب على البديهة، وقال : صار ثمنها تسعًا، ومضى فى خطبته، فسميت منبرية لهذا .

الفصل الثالث والعشرون

فى الحجب

٢١١٥٨- يجب أن يعلم بأن الحجب على نوعين : حجب حرمان، وحجب نقصان ، فحجب الحرمان : يرد على الكل إلا على ستة : الزوج والزوجة والأب والأم والبنت والابن ، وحجب النقصان : لا يرد إلا على ثلاثة : الزوج والزوجة والأم، ومن لا يرث بحال لا يحجب كالعبد والقاتل والكافر ، ومن يرث فى حال، ولا يرث فى حال يحجب غيره حتى إن من مات عن أبوين وأخوين ، فإن الأخوين لا يرثان مع الأب، ويحجبان الأم من الثلث إلى السدس -والله أعلم- .

الفصل الرابع والعشرون
فى العصبات

٢١١٥٩- قد ذكرنا أن العصبة نوعان[١] : إحداهما : من جهة النسب، والأخرى : من جهة السبب، والعصبة من جهة النسب أصناف ثلاثة : عصبة بنفسها : وهو كل ذكر يلازمه الذكورة فى نسبته إلى أن ينتهى إلى الميت، وعصبة بغيرها : وهو كل أنثى تصير عصبة بذكر يحاذيها كالبنت مع الابن، وابنة الابن مع ابن الابن، وكالأخت لأب وأم مع الأخ لأب وأم، وكالأخت لأب مع الأخ لأب، وعصبة مع غيرها : وهى كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم، أو لأب مع البنات وبنات الابن، وإذا صارت عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم، أو لأب مع البنات وبنات الابن، وإذا صارت عصبة مع غيره، فذلك الغير لا يكون عصبة.

فأما الكلام فى العصبة بنفسها : فنقول : أولى العصبات بالميراث الابن، ثم ابن الابن وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم لا الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب، ثم بنوهما وإن سفلوا على هذا الترتيب، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم بنوهما وإن سفلوا على هذا الترتيب، ثم عم الأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم ابن عم الأب لأب وأم، ثم ابن عم الأب لأب، ثم بنوهما وإن سفلوا على هذا الترتيب، فالحاصل أن بنى ابن الميت وإن سفلوا، فهم أولى بالميراث من بنى أب الميت وهم الإخوة وإن قربوا، وبنى أب الميت وإن بعدوا، فهم أولى بالميراث من بنى جد الميت وهم الأعمام وإن قربوا، وبنى أب أب الميت وإن بعدوا، فهم أولى بالميراث من بنى جد الميت وإن قربوا.

وإذا اجتمع نسبان[٢]، فالأقرب أولى، وبعد الاستواء فى القرب ذو القرابتين أولى، مثاله إذا ترك الميت أخًا لأب وأم وأخًا لأب، فالميراث للأخ للأب وأم، لأنه ذو

---

(١) وفى م "صنفان".

(٢) وفى ف "رجلان".

قرابتين، وإن ترك ابن أخ لأب وأم وأخًا لأب، فالأخ لأب أولى؛ لأنه أقرب، وإن ترك ابن ابن الأخ لأب وأم وابن أخ لأب، فالمال لابن الأخ لأب؛ لأنه أقرب، وإن ترك ابن أخ لأب وأم وعمّا، فالمال لابن الأخ؛ لأنه من بنى أب الميت والعم من بنى جد الميت، وإن ترك ابن عم لأب وأم وابن عم لأب، فالميراث لابن العم لأب وأم؛ لأنه ذوا قرابتين، وإن ترك ابن ابن عم لأب وأم وابن عم لأب، فالمال لابن العم لأب؛ لأنه أقرب، وإن ترك ابن عم لأب وأم وعم أب الأب وأم، فالمال لابن العم؛ لأنه أقرب؛ لأنه من بنى الجد، وعم الأب من بنى أب الجد.

وأما الكلام فى العصبة بغيرها: فصورتها ما ذكرنا، وهى كل أنثى تصير عصبة بذكر يحاذيها كبنت الابن مع ابن الابن وكالأخت لأب وأم أو لأب مع أخيها، وهذا الحكم فى حق الأخوات مع الإخوة مقصور على أخواتهن من جملة أصحاب الفرائض حتى إن من لم يكن منهن من جملة أصحاب الفرائض لم تصر عصبة بذكر يوازيها، بيانه إذا هلك الرجل، وترك ابن أخ لأب وأم وابنة أخ لأب وأم وابنة أخ لأب وأم، أو ترك ابن أخ لأب وابنة أخ لأب، فالمال كله لابن الأخ، ولا شيء لبنت الأخ؛ لأنها من جملة ذوى الأرحام، وليست من جملة أصحاب الفرائض فلم تصر عصبة، وأما ابنة الابن فإنما تصير عصبة بذكر يوازيها على كل حال، وتصير عصبة بذكر أسفل منها إذا لم يصل إليها فرضها، وقد مر هذا فى فصل بنات الابن.

وأما الكلام فى العصبة مع غيرها: وصورتها ما ذكرنا، وبيان ذلك من المسائل: إذا هلك الرجل، وترك بنتًا وأختًا لأب وأم أو لأب، فللبنت النصف، والباقى للأخت، وكذلك إذا ترك ابنة ابن وأختًا لأب وأم أو لأب، فللبنت النصف، والباقى للأخت، وإن ترك بنتًا أو أختًا لأب وأم وأخًا لأب وأم، فللابنة النصف، والباقى بين الأخ والأخت أثلاثًا، وإذا اجتمعت العصبات بعضها عصبة بنفسها، وبعضها عصبة بغيرها، فالترجيح فيها بالقرب إلى الميت، لا لكونها عصبة بنفسها حتى إن العصبة مع غيرها إذا كانت أقرب للميت من العصبة لنفسها، كانت العصبة مع غيرها أولى، بيانه إذا هلك الرجل، وترك ابنة وأختًا لأب وأم وابن أخ لأب وأم، فنصف الميراث للبنت والنصف للأخت، ولا شيء لابن الأخ؛ لأن الأخت صارت عصبة مع البنت، وهى إلى الميت أقرب من ابن الأخ، وكذلك إذا كان مكان ابن الأخ عما لا شيء للعم، وكذلك إذا كان

مكان ابن الأخ أخًا لأب لا شيء للأخ وطريقه ما قلنا .

٢١١٦٠-هذا الذى ذكرنا كله فى العصبة من جهة النسب . وأما العصبة من جهة النسب فنوعان : مولى العتاقة ، ومولى الموالاة . فأما الكلام فى مولى العتاقة ، فنقول : تكلم المشايخ فى سبب استحقاق ولاء العتاقة ، قال بعضهم : سببه الإعتاق ، والنص يشهد له ، قال عليه السلام : «الولاء لمن أعتق» ، وقال بعضهم : سببه العتق على الملك وهو الصحيح ، ألا يرى أن من ورث قريبه حتى عتق عليه كان ولاءه له ولا إعتاق ههنا ، وهذا الولاء لا يورث ، ويكون لأقرب الناس عصبة من المعتق حتى إنه لو مات مولى العتاقة ، وترك بنتًا وابنًا ، ثم مات المعتق ، فميراثه لابن المعتق ، ولا شيء لابنة المعتق ، وكذلك إذا مات مولى العتاقة ، وترك ابنين ، ثم مات أحد الابنين ، وترك ابنًا ، ثم مات المعتق كان ميراثه لابن المعتق ، ولا شيء لابن ابن المعتق ، وكذلك إذا مات مولى العتاقة ، وترك ابنين ، ثم مات أحد الابنين ، وترك ابنًا ، ثم مات المعتق ، فميراثه لابن المعتق ، ولا شيء لابنة المعتق ، وكذلك إذا مات مولى العتاقة ، وترك ابنين ، ثم مات أحد ، الابنين ، وترك ابنًا ، ثم مات المعتق ، كان ميراثه لابن المعتق ، ولا شيء لابن ابن المعتق ، وكذلك إذا مات مولى العتاقة ، وترك ابنًا وأبا ، ثم مات المعتق ، كان ميراثه لابن المعتق ، ولا شيء لأبيه ؛ لأن الابن أقرب العصبات إليه .

والحاصل أن الولاء بنفسه لا يورث ، بل هو للمعتق على حاله ، ألا يرى أن المعتق ينسب بالولاء إلى المعتق دون أولاده ، فيكون استحقاق الإرث بالولاء لمن هو منسوب إليه حقيقة ، ثم يخلفه فيه أقرب العصبة كما يخلفه فى ماله ، فينظر عند موت المعتق أن مولى العتاقة لو كان حيّا فى هذه الحالة ، ومات من يرثه من عصباته ، ومن هو أقرب الناس إليه عصبة ، فيرث ذلك الشخص من المعتق ، وهذا الذى ذكرنا أن الولاء لا يورث ظاهر رواية أصحابنا ، وعن أبى يوسف رحمه الله : أنه يورث ويقسم بين الابن والابنة للذكر مثل حظ الأنثيين ، هكذا ذكر عن عبد الله بن مسعود فى رواية ، وبه أخذ إبراهيم النخعى وشريح القاضى .

إذا مات المعتق ، ولم يترك إلا بنت المعتق ، فلا شيء لها فى ظاهر رواية أصحابنا ، ويكون ميراث المعتق لبيت المال ، وحكى عن بعض مشايخنا : أنهم كانوا يفتون فى هذه

المسألة بدفع المال إليها لا بطريق الإرث، ولكن لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال، ألا يرى أنه كان يستحق المال لو كان ذكراً كيف؟ وإنه ليس فى زماننا بيت المال، وإنما كان ذلك فى زمن الصحابة والتابعين، ولو دفع ذلك إلى سلطان الوقت أو القاضى لا يصرفون إلى مصارفه، وهكذا كان يفتى القاضى الإمام أبو بكر الزرنجزى والقاضى الإمام صدر الإسلام، وذكر القاضى الإمام عبد الواحد فى فرائضه أن الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لا توضع فى بيت المال اليوم؛ لما قلنا، بل يدفع إليهما؛ لأنهما أقرب إلى الميت من جهة السبب من غيرهما، وكان الدفع إليهما أولى، وكذلك الابن والابنة من الرضاع وعصبة المعتق يرث، أما عصبة المعتق لا يرث، المعتق إذا لم يكن عصبة المعتق، مثاله: امرأة أعتقت عبداً، وماتت، وتركت ابناً وزوجاً، ثم مات المعتق، فالميراث لابن المعتقة؛ لأنه عصبتها، ولو كان الابن مات، وترك أباه وهو زوج المعتقة، ثم مات المعتق، لا يرثه زوج المعتقة، وإن كان الأب عصبة الابن والابن عصبة المعتقة؛ لأن أب الابن ليس عصبة المعتقة.

وإذا أعتق الرجل عبداً، ثم أعتق المعتق عبداً، ثم أعتقه المعتق الثانى عبداً، ثم مات المعتق الثالث، وترك عصبة المعتق الأول لا غير، يرث منه، وإن كان هذا فى صورة عصبة معتق المعتق؛ لأن المعتق الأول جر ولاء هذا الميت، فصار هذا الميت مولى للمعتق الأول، فيرثه عصبة المعتق الأول لقيامه مقام المعتق الأول، وكما يثبت للمعتق ولاء معتقه يثبت له ولاء معتق عتقه حتى من أعتق عبداً، ثم إن العبد المعتق أعتق أمة، ثم مات العبد، ثم ماتت الأمة، فإن معتق العبد يرث من هذه الأمة، وكذلك لو مات معتق العبد، وترك ابناً، ثم ماتت الأمة، فإن ابن معتق العبد يرث عن الأمة؛ لأن ولاء الأمة يثبت لمعتق العبد، فيكون لأقرب الناس عصبة إليه بعد موته.

وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو جررن ولاء معتقهن أو معتق معتقهن، صورة من أعتقن ظاهر، صورة من أعتق من أعتقن: المرأة إذا أعتقت عبداً، ثم إن العبد المعتق اشترى أمة وأعتقها، ثم مات العبد المعتق، ثم ماتت الأمة، فإن المرأة ترث من الأمة، ولو أن امرأة اشترت أباها حتى عتق عليها، ثم مات الأب، وترك هذه المشترية وابنتاً أخرى، كان الثلثان بينهما على السواء بحكم الفرض، والثلث الآخر للمشترية بحكم الولاء، وإن كان الأب أعتق عبداً بعد ما عتق هو، ثم مات الأب، ثم

مات معتق الأب، وبقيت المشترية، فميراث المعتق للمشترية؛ لأن المتوفى معتق المشترية.

صورة جرّ ولاء المعتق: امرأة اشترت عبدًا، وتزوج العبد بمعتقة قوم بإذن المرأة، وحدث بينهما أولاد فولاء الأولاد لمولى الأم؛ لأنه تعذر إثباته من جانب الأب؛ لكون الأب عبدًا، فيثبت من جانب الأم، فلو أن المرأة أعتقت العبد جر العبد ولاء الولد إلى نفسه وجرت المرأة ذلك إلى نفسها، وهذا لأن الأصل في ولاء الولد الأب؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، وإنما يثبت ولاء الولد في هذه الصورة من مولى الأم؛ لتعذر إثباته من الأب كما في حقيقة النسب، فإن نسب ولد الملاعنة ينقطع عن الأب، وإذا كذب الملاعن نفسه يثبت النسب من الأب؛ لأن القطع عن الأب؛ لتعذر إثباته عنه، وإذا كذب نفسه، فقد ارتفع التعذر، فوجب الإثبات من الأب، كذا ههنا.

صورة جر ولاء معتق المعتق امرأة اشترت عبدًا، وأعتقه، ثم إن هذا العبد المعتق اشترى عبدًا، ثم إن هذا العبد الثاني تزوج بمعتقة قوم بإذن مولاها، وحدث به منها أولاد، فإن ولاء الأولاد لمولى الأم، فلو أن المعتق أعتق هذا العبد، جر هذا العبد ولاء ولده، ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه، ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها، فالأب يجر ولاء الولد بلا خلاف، وأما الجد: هل يجر ولاء حافد؟ ففي ظاهر الرواية أصحابنا لا يجر، سواء كان الأب ميتًا أو حيًا، روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجر، وصورة ذلك عبد تزوج بمعتقة قوم، وحدث له منها ولد، وهذا العبد أب حي، فأعتق الأب بعد ذلك بقي هذا الأب، وهو أب الولد عبدًا على حاله، ثم مات العبد، ثم مات ولده، ولم يترك وارثًا، يجر ميراثه، كان ميراثه لمولى الأم، ولو جنى كان عقله على موالي الأم، ولم يجر الجد ولاء حافده إلى مواليه، وإنما كان كذلك لأنه تعذر إثبات الولاء من الجد؛ لما ذكرنا أن الولاء ألحق بالنسب شرعًا، والسبب إنما يثبت من الجد إذا ثبت من الأب، ألا ترى أن نسب ولد الزنا إذا لم ثيبت من الزاني لا يثبت من الجد، وههنا لا يثبت ولاء الولد من الأب لكونه عبدًا، فلا يثبت من الجد.

وإذا مات المعتق عن صاحب فرض وعن معتق، أو عن عصبة المعتق، فإنه يبدأ من صاحب الفرض، فيعطى فرضه أولا، ثم يعطى الباقي المعتق أو عصبته، وكثير من

مسائل هذا الفصل قد مر فى كتاب الولاء .

وأما الكلام في ولاء الموالاة : فنقول : تفسير ولاء الموالاة أن يسلم الرجل على يدى رجل ، فيقول الذى أسلم على يديه أو لغيره : واليتك على أنى مت ، فميراثى لك ، وإن جنيت ، فعقلى عليك ، وعلى عاقلتك ، وقبل الآخر منه ، فهذا هو تفسير ولاء الموالاة ، وإذا جنى الأسفل جناية ، فعقله على عاقلة المولى الأعلى ، وإن مات الأسفل يرث منه المولى الأعلى ، وإن مات الأعلى لا يرث منه المولى الأسفل ، ولا يثبت هذه الأحكام بمجرد الإسلام بدون عقد الموالاة ، وإذا مات الأسفل والأعلى ميت ، فميراث الأسفل لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى كما فى ولاء العتاقة ، ولكل واحد منهما أن ينقض عقد الموالاة ، وليس له ذلك بغير محضر من صاحبه ، وللأعلى أن ينقض عقد الموالاة ، وليس أن يتحول بالولاء إلى غيره ، فإنه لو قال : جعلت ولاءى لفلان لا يصير له بجعله ، وللأسفل أن يتحوّل بالولاء إلى غيره ، كما له أن ينقض الولاء قصداً ، فإن له أن يوالى مع الآخر ، وينقض العقد مع الأول إذا والى مع آخر غير أن النقض من الأسفل إن وجد مقصوداً ، يشترط لصحته حضرة الأعلى ، وإن والى مع غيره ، ينقض الأول ، وإن كانت الموالاة مع غيره بغيبة الأعلى ، وإنما يكون للأسفل أن يتحوّل بالولاء إلى غير المولى الأعلى إذا لم يعقل عنه المولى الأعلى ، أما إذا عقل عنه المولى الأعلى فلا ، ومن هذا الجنس مسائل كثيرة ، مر ذكرها فى كتاب الولاء .

وولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من وجوه : أحدها : أن بولاء العتاقة يرث الأعلى من الأسفل ، ولا يرث الأسفل ، وإن شرطوا ذلك فى ولاء الموالاة يعتبر شرطهما حتى لو شرطا توريث كل واحد منهما من صاحبه كان كما شرطا ، والثانى : أن ولاء الموالاة يحتمل النقض ، وولاء العتاقة لا يحتمل ذلك ، والثالث : أن مولى العتاقة مقدم على ذوى الأرحام ، ومولى الموالاة مؤخر عن ذوى الأرحام ، وإذا أقر المولى الأسفل بأخ ، أو ابن عم ، ثم مات ، فميراثه لمولى الموالاة ، فقد صح منه عقد الموالاة ، ولم يصح منه الإقرار بالأخ وابن العم ؛ لأن عقد الولاء تصرف منه فى حق نفسه ، وهو من أهل التصرف فى حق نفسه ، أما الإقرار بالإخوة والعمومة : فإقرار تصرف على الغير يحتمل النسب على غيره ، وهو ليس من أهل التصرف على الغير -والله أعلم- .

الفصل الخامس والعشرون
فى توريث المملوكين ومن بمعناهم من المكاتبين والمدبرين وأمهات الأولاد ومعتق البعض

٢١١٦١- قد ذكرنا أن العبد لا يرث من الحر، والحر لا يرث من العبد، والمكاتب والمدبر وأم الولد بمنزلة العبد لا يرث أحدًا؛ لأن فى حق هؤلاء الرق قائم، والعبد الذى عتق بعضه لايرث أحدًا عند زيد رضى الله عنه مادام يسعى وهو قول أبى حنيفة رحمه الله، وعند عبد الله بن عباس رضى الله عنهما: يرث، وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله، وهذا بناء على أن الإعتاق عند زيد رضى الله عنه يتجزأ، فكان هذا الشخص معتق البعض على الحقيقة وكان بمنزلة المكاتب فلا يرث، وعند عبد الله الإعتاق لا يتجزأ، فكما عتق بعضه عتق كله إلا أنه يجب عليه السعاية، فكان بمنزلة حر عليه دين فيرث، بيانه إذا مات الرجل، وترك ابنًا نصفه حر وعصبة، فعلى قول زيد: المال كله للعصبة؛ لأن معتق البعض عنده لا يرث، فصار وجوده والعدم بمنزلة، وعند عبد الله ابن عباس رضى الله عنهما: المال كله لهذا الابن؛ لأن عنده هو بمنزلة حر عليه دين، وإنه أقرب العصبات، فيكون كله له، وإن ترك ابنتين نصف كل واحد منهما حر، فعلى قول عبد الله بن عباس رضى الله عنهما: الثلثان لهما، والباقى للعصبة، وعلى قول زيد: المال كله للعصبة، ولا يحجب هذا العبد الزوج والمرأة عن النصف والربع عند زيد، وعند عبد الله: يحجب الزوج والمرأة عن النصف والربع حتى إن عند زيد يرث الزوج مع هذا الابن النصف، وترث المرأة الربع، وعند عبد الله يحجب الزوج والمرأة عن النصف والربع حتى إن عند زيد يرث الزوج مع هذا الابن النصف، وترث المرأة الربع، وعند عبد الله: يرث الزوج مع هذا العبد الربع، وترث المرأة الثمن -والله أعلم-.

الفصل السادس والعشرون
فى أصول الحساب وفيه مسائل العول

٢١١٦٢- قد ذكرنا أن السهام المقدرة ستة : السدس والثلث والثلثان جنس واحد، والثمن والربع والنصف جنس واحد، ولكل سهم من هذه السهام مخرج يخرج منه، فالنصف يخرج من سهمين وما عداه يخرج كل سهم من اسمه كالثمن من ثمانية، والربع من أربعة والثلث والثلثان من ثلاثة والسدس من ستة، وإن اجتمع أحد الجنسين مع الآخر ينظر إن اجتمع النصف مع كل الآخر أو مع بعضه، فأصله من ستة، وإن اجتمع الربع مع كل الآخر، أو مع بعضه، فأصله من اثنا عشر، وإن اجتمع الثمن مع كل الآخر أو بعضه، فأصله من أربعة وعشرين هذا هو العبارة المعروفة لعامة المشايخ، وعبارة بعضهم أنه إذا اجتمع جزءان، وأردت أن تعرف تخريجهما، فانظر إلى مخرج كل جزء، ثم انظر إلى المخرجين، فإن كان بينهما مداخلة يكفيك أن تأخذ مخرج أكثر العددين ويكون أكثر العددين مخرجًا للجزئين، مثاله : إذا أردت أن تعرف مخرج الثلث والسدس، فنقول : مخرج الثلث ثلاثة ومخرج السدس ستة، فإن ستة يكون مخرجًا للثلث والسدس، وإن كان بين المخرجين مباينة، فخذ أحد المخرجين، واضربه فى مخرج الآخر، فما بلغ يكون مخرج الجزئين، مثاله : إذا أردت معرفة الثلث والربع، فنقول : مخرج الثلث ثلاثة ومخرج الربع أربعة، وبين ثلاثة وأربعة مباينة فاضرب أربعة فى ثلاثة أو ثلاثة فى أربعة، فيصير اثنا عشر، واثنا عشر مخرج الربع والثلث، وإن كان بين المخرجين موافقة، فخذ وفق أحد المخرجين، واضربه فى مخرج الآخر، فما بلغ يكون مخرج الجزئين، مثاله : إذا أردت أن تعرف مخرج الثمن والسدس، فنقول : مخرج السدس ستة ومخرج الثمن ثمانية، وبينهما موافقة بالنصف، فإما أن تضرب نصف ستة ثلاثة فى ثمانية، أو تضرب نصف ثمانية أربعة فى ستة، فيصير أربعة وعشرين مخرج السدس والثمن.

ثم الحال لا يخلو : إما أن يكون سهام الورثة مثل سهام المال بحيث لا يزداد ولا

ينقض، وذلك أنواع ثلاثة : أحدها : أن يكون الورثة كلهم أصحاب الفرائض، وذلك على وجوه : أحدها : أن يكون فى المسألة نصف ونصف مثل الزوج وأخت لأب وأم أو لأب، وأشباه ذلك، الوجه الثانى : أن يكون فى المسألة نصف وثلث وسدس مثل زوج وأم وأخت لأم، الوجه الثالث : أن يكون فى المسألة نصف وسدس وسدس وسدس مثل بنت وبنت ابن وأبوين ومثل بنت وبنت ابن وأختين لأب، والوجه الرابع : أن يكون فى المسألة ثلثان وسدسان مثل أختين لأب وأم وأختين لأب ومثل بنتين وأبوين.

النوع الثانى : أن يكون الورثة كلهم عصبة مثل بنين وبنات أو بنين أو إخوة أو معتقين.

النوع الثالث : أن يكون الورثة بعضهم أصحاب الفرائض يستحقون بعض المال وبعضهم عصبة يستحقون الفاضل نحو : بنت وابن عم، ونحو : زوج وأب، وأمثال ذلك، فهذه الأنواع يأخذ كل واحد من الورثة نصيبه، ولا يحتاج فيه إلى زيادة شيء، وإن كانت الورثة كلهم أصحاب الفرائض وسهامهم أكثر من سهام المال نحو : إن تركت المرأة زوجًا وأمًا وأختًا لأب وأم، ففى هذه الصورة سهام الورثة أكثر من سهام المال؛ لأن سهم الزوج النصف، وسهم الأخت الأب وأم النصف، وسهم الأم الثلث والمال الواحد لا يفى بنصفين وثلث، فهذا النوع من المسائل سمى مسائل العول، وقد قال عامة الصحابة : بالعول، وهو قول أصحابنا، فيعول الفريضة ويقسم المال بينهم على قدر سهامهم، ولا يخص بالإضرار بعض الورثة دون البعض.

ثم الأصول التى يبتنى عليها هذا النوع من المسائل سبعة : اثنان، وضعفها وذلك أربعة، وضعف ضعفها وذلك ثمانية، وثلاثة، وضعفها وذلك ستة، وضعف ضعفها وذلك اثنى عشر، وضعف ضعف ضعفها وذلك أربعة وعشرون، أربعة من هذه الأصول لا يعول وهى اثنان وثلاثة وأربعة وثمانية وثلاثة منها يعول، وهى ستة واثنى عشر وأربعة وعشرون، فالستة يعول سدسها إلى سبعة وثلثها إلى ثمانية وبنصفها إلى تسعة وبثلها إلى عشرة يعول وترًا لا شفعًا، والاثنى عشر يعول بنصف سدسها إلى ثلاثة عشر، وبربعها إلى خمسة عشر، وسدسها إلى سبعة عشر يعول وترًا لا شفعًا، والأربعة والعشرون يعول بثمنها إلى سبعة وعشرين عولا واحدًا.

ووقع في بعض نسخ كتاب الفرائض لمحمد رحمه الله : كل فريضة فيها ثمن وثلث ، فهي تخرج من أربعة وعشرون ، وطعنوا في هذا ، وقالوا : لا يجتمع في فريضة الثمن والثلث ، فالثلث فريضة الأم عند عدم الولد ، وفريضة أولاد الأم عند عدم الولد ، والثمن فريضة المرأة مع الولد ، فكيف يتصور اجتماعهما ، وقيل : هذا يتصور على أصل ابن مسعود رضي الله عنه ، فإن من أصله أن من لا يرث لكفر أو رق لا يحجب حجب الحرمان ، لكن يحجب حجب النقصان ، فإذا ترك امرأة وأخوين وابنًا رقيقًا ، فهذا الابن يحجب المرأة من الربع إلى الثمن ، ولا يحجب الأخوين لأم في هذه الفريضة .

جئنا إلى بيان كيفية العول في الأصول الأربعة ، فأما الستة فصورة عولها إلى سبعة : رجل هلك ، وترك أما وأختًا لأب وأم وأخت لأب وأختين لأم ، فأصل المسألة من ستة : للأم السدس سهم وللأخت لأب وأم النصف ثلاثة أسهم ، وللأخت لأب السدس سهم تكملة للثلثين وللأختين لأم سدسان لكل واحد السدس سهم ، فجملة ذلك سبعة ، فعالت بسهم ، وصورة عولها إلى ثمانية إذا هلكت المرأة ، وتركت زوجًا وأما وأختين لأب وأم ، فأصلها من ستة للأم السدس سهم ، وللزوج النصف ثلاثة أسهم ، وللأختين لأب وأم الثلثان أربعة أسهم ، فصارت ثمانية أسهم ، فعالت بسهمين ، وصورة عولها إلى تسعة امرأة ماتت ، وتركت زوجًا وأما وأختًا لأب وأم وأختين لأم ، أصل المسألة من ستة : للأم السدس سهم ، وللزوج النصف ثلاثة أسهم ، وللأخت لأب وأم النصف أيضًا ثلاثة أسهم ، ولكل واحد من الأختين لأم السدس سهم ، فصارت تسعة ، فعالت بثلاثة ، وصورة عولها إلى عشرة امرأة ماتت ، وتركت زوجًا وأمّا وأختين لأب وأم وأختين لأم ، أصل المسألة من ستة : للأم السدس سهم والنصف ، ثلاثة أسهم للزوج ، وللأختين لأب وأم الثلثان أربعة أسهم ، ولكل واحد من الأختين لأم السدس سهم ، فجملة ذلك عشرة أسهم .

وأما الاثنى عشر فصورة عولها إلى ثلاثة عشر : امرأة ماتت ، وتركت زوجًا وأمّا وابنتين ، أصل المسألة من اثنى عشر : للزوج الربع ثلاثة أسهم ، وللابنين الثلثان ثمانية ، وللأم السدس سهمان ، فصارت ثلاثة عشر ، فعالت بسهم ، صورة أخرى : امرأة ماتت ، وتركت زوجًا وأبوين وبنتًا ، وأصل المسألة من اثنى عشر : للزوج الربع ثلاثة أسهم ، وللأبوين لكل واحد منهما السدس سهمان ، وللبنت النصف ستة ، فجملة ذلك

ثلاثة عشر، صورة عولها إلى خمسة عشر، امرأة ماتت، وتركت زوجًا وابنتين وأبوين، أصل المسألة من اثنى عشر: للزوج الربع ثلاثة، وللابنتين الثلثان ثمانية، ولكل واحد من الأبوين سهمان[1]، فجملة ذلك خمسة عشر، فعالت بثلاثة، صورة أخرى امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأبوين وابنتًا وابنة ابن، أصل المسألة من اثنى عشر: للزوج الربع ثلاثة، ولكل واحد من الأبوين السدس سهمان، وللبنت النصف ستة أسهم، ولابنة الابن السدس سهمان، فجملة ذلك خمسة عشر، صورة عولها إلى سبعة عشر رجل مات، وترك أمًا وامرأة ولأختين لأب وأم وأختين لأم، أصل المسألة من اثنى عشر: للمرأة الربع ثلاثة، وللأختين لأب وأم الثلثان ثمانية، ولكل واحد من الأختين لأم السدس سهمان وللأم السدس سهمان، فجملة ذلك سبعة عشر فعالت بخمسة.

وأما الأربعة والعشرون فصورة عولها: رجل مات، وترك امرأة وابنتين وأبوين، أصل المسألة أربعة وعشرون: للمرأة الثمن ثلاثة، وللابنتين الثلثان ستة عشر، ولكل واحد من الأبوين السدس أربعة، فجملة ذلك سبعة عشرون، فعالت بثلاثة.

ثم العول كما يكون بسهم كامل قد يكون بنصف سهم، وقد يكون بثلاثة أرباع سهم، وقد يكون بسهم ونصف، صورة العول بنصف سهم: امرأة ماتت، وتركت زوجًا وابنتًا وأبوين، فللأبوين السدسان سهمان من ستة، وللابنة النصف ثلاثة من ستة، وللزوج الربع سهم ونصف، صورة العول بثلاثة أرباع سهم: رجل مات، وترك امرأة وابنتين وأبوين، فللأبوين السدسان سهمان من ستة، وللابنتين الثلثان أربعة، وللمرأة الثمن ثلاثة أرباع سهم، فتعول بثلاثة أرباع، وإذا أردت تصحيحها، فاضرب ستة وثلاثة أرباع فى أربعة، فيكون سبعة وعشرين، وصورة العول بسهم ونصف: رجل مات، وترك أختين لأب وأم وأختين لأم وامرأة، فللمرأة الربع سهم ونصف، فتعول بسهم ونصف، وكما يقع العول بنصف الواحد، يقع العول بنصف الاثنين، وأكثر من ذلك، بيانه فيما إذا ترك المرأة زوجًا وأمًا وأختين لأب وأم وأختين لأم، فإنها تعول بنصيب الأم سهم، وبنصيب الزوج ثلاثة -والله أعلم-.

---

(١) وفى م "من الأبوين السدس سهمان".

الفصل السابع والعشرون
فى الرد ويتصل به مسألة التخارج

٢١١٦٣- صورة هذا الفصل : أن يكون الورثة كلهم أصحاب الفرائض لا عصبة معهم، فإذا استوفوا سهامهم، وفضل من المال، ماذا يصنع بالفضل؟ فالمشهور من قول على رضى الله عنه أن الباقى يرد على أصحاب الفرائض بقدر سهامهم إلا الزوج والزوجة، فإنه لا رد عليهما بحال، وكان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لا يرى الرد على الزوج والزوجة وعلى بنت الابن مع البنت، وعلى أخت الأب مع الأخت لأب وأم وعلى قوم الأم مع الأم وعلى الجدة مع ذى سهم، وكان زيد بن ثابت رضى الله عنه لا يرى الرد أصلا، وبقول على رضى الله عنه أخذ أبو حنيفة رحمه الله وأصحابه.

٢١١٦٤- واعلم بأن الوارث إن كان نفراً واحداً وهو من جملة من يرد عليه، فلا حاجة فيه، سوى أن يقال : فرضه من أصل كذا كذا، والباقى رد عليه، مثاله أن يقال : فى الأم وحدها فرضها الثلث سهم، من ثلاثة والباقى يرد عليها.

وفى الجدة يقال لها : السدس سهم من ستة، والباقى يرد عليها، وإن كان الوارث أكثر من نفر واحد، فإن كان الرد على كلهم، ففيه عبارتان : إحداهما : يقال : يعطى لكل واحد منهما سهمه، ويرد الفاضل عليهم على قدر سهمامهم، العبارة الثانية : أن يقال : يقسم المال كله من الابتداء وعلى قدر سهامهم. مثاله : رجل مات، وترك أمّا وابنة، فالمسألة من ستة : لأم السدس سهم، وللبنت النصف ثلاثة أسهم، بقى هناك سهمان فاضلان، وسهما الأم والابنة أربعة، فيرد السهمان عليهما على أربعة، فيصير المال فى الحاصل بينهما على أربعة، هذا على العبارة الأولى، وعلى العبارة الثانية : يقسم المال كله من الابتداء على أربعة ثلاثة أسهم للبنت، وسهم للأم.

ومثال آخر : إذا هلك الرجل، وترك أمّا وابنتين، فالمسألة من ستة : للأم السدس سهم، وللابنتين الثلثان أربعة أسهم، فبقى هناك سهم زائد وسهام الابنتين والأم خمسة، فيرد السهم الزائد على خمسة عليها، فيصير المال فى الحاصل بينهما على خمسة، هذا

على العبارة الأولى ، وعلى العبارة الثانية يقسم المال كله من الابتداء بين الأم والابنتين على خمسة أسهم .

مثال آخر : إذا هلك الرجل ، وترك أمًا وأخًا لأم ، فللأم الثلث سهمان من ستة ، وللأخ لأم السدس سهم من ستة ، بقى هناك ثلاثة أسهم للأم ، وللأخ ثلاثة ، فيرد الثلاثة الزائدة على ثلاثة ، فيصير المال فى الحاصل على ثلاثة ، هذا على العبارة الأولى ، وعلى العبارة الثانية : يقسم المال بين الأم والأخ من الابتداء على ثلاثة ، هذا قول على رضى الله عنه وهو قول أصحابنا .

وعلى قول عبد الله : يرد الفاضل على الأم خاصة ، فيصير للأم على قوله : خمسة من ستة ، وللأخ سهم .

وإن كان الرد على بعضهم ، بأن كان من جملة الورثة زوج أو زوجة ، فخذ سهام من لا يرد عليه من أدنى أصول يمكن ، ثم أعزل نصيب من لا يرد عليه من أصله ، ثم قابل ما بقى من أصله سهام الرد ، فإن كان ما بقى من أصل من لا يرد عليه ، ينقسم على سهام من يرد عليه لم يحتج فيه إلى ضرب وتصحيح ، وإن كان ما بقى من أصله من لا يرد عليه ، لا ينقسم على سهام من يرد عليه ، يضرب سهام من يرد عليه فى مخرج فرض من لا يرد عليه ، فما اجتمع ، فمنه تخرج المسألة ، مثال الأول : إذا هلك الرجل ، وترك أمًا[1] وأخًا لأم وامرأة ، فسهام من يرد عليهم وهى الأم والأخ لأم من ثلاثة ؛ لأن الأم فى هذه الصورة الثلث ، وللأخ لأم السدس ، وسهام من لا يرد عليه فى هذه الصورة من أربعة ، فيعزل للمرأة من أربعة سهم ، بقى هناك ثلاثة يقسم بين الأم والأخ لأم ثلثاها للأم والثلث للأخ ، ومثال الثانى : إذا هلك الرجل ، وترك ابنًا وابنة ابن وامرأة ، فسهام من يرد عليه وهى الابنة وابنة الابن من أربعة ؛ لأن للابنة النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة للثلثين ، وسهام من لا يرد عليه ، وهى المرأة ههنا من ثمانية ، فيعزل للمرأة من الثمانية سهم ، يبقى هناك سبعة لا يستقيم على سهام من يرد عليه ، فضربنا سهام من يرد عليه ، وذلك أربعة فى سهام من لا يرد عليها ، وذلك ثمانية ، فيصير اثنين وثلاثين ، يعطى المرأة ثمن ذلك أربعة ، يبقى هناك ثمانية وعشرون ، يقسم بين الابنة وبين ابنة الابن على أربعة

---

(١) هكذا فى الأصل وكان فى ف "ترك أبا وأختا لأم" ، وفى م "وترك أبًا وأخًا لأم" .

كل سهم من ذلك سبعة.

فإن ترك أمّا وبنتًا وبنت ابن وامرأة، فسهام من يرد من خمسة، للأم السدس سهم من ستة، وللابنة النصف ثلاثة من ستة، ولابنة الابن سهم من ستة تكملة للثلثين، فجملة ذلك خمسة وسهام من لا يردها هنا، وهى المرأة من ثمانية، فيعزل[1] من الثمانية للمرأة سهم، بقى هناك سبعة لا يستقيم على سهام الرد وهى خمسة، فيضرب خمسة فى ثمانية، فيصير أربعين، يعطى المرأة الثمن من ذلك، وذلك خمسة يبقى هناك خمسة وثلاثون، يقسم بين الأم والابنة وابنة الابن على خمسة كل سهم سبعة.

وإن ترك زوجًا وابنة، فللزوج الربع سهم، وللابنة النصف سهمان بقى هناك سهم زائد، فيرد على الابنة خاصة، وإن ترك امرأة وابنتين، فللمرأة الثمن ثلاثة، وللابنتين الثلثان ستة عشر والباقى، وذلك خمسة رد على الابنتين خاصة، وخمسة بين الابنين نصفان لايستقيم، فيضعف أصل الفريضة، فصار ثمانية وأربعين كان للمرأة الثمن ثلاثة ضعفناها، فصار لها ستة، وكان للابنتين بالفرض ستة عشر ضعفناه، فصار لهما اثنان وثلاثون، والذى لم يمكن مستقيمًا بين الابنتين فى الرد خمسة ضعفناه، فصار عشرة بينهما يستقيم عليهما لكل واحد منهما خمسة، فحصل للابنتين اثنان والأربعون بالفرض، والرد جميعًا بالفرض اثنان وثلاثون، وبالرد عشرة لكل ابنة أحد وعشرون، وللمرأة ستة.

ولهذا الوجه اختصار وهو أن الأنصباء كلها تتفق بثلث وثلث، فإن نصيب المرأة ستة، ولها ثلث صحيح سهمان، ونصيب الابنتين اثنان وأربعون، ولها ثلث صحيح، وذلك أربعة عشر، فاختصر من نصيب المرأة على ثلاثة، وذلك سهمان، ومن نصيب البنات على ثلاثة وذلك أربعة عشر، فيصير الكل ستة عشر، فصار الفريضة بعد الاختصار من ستة عشر للمرأة من ذلك سهمان، ولكل ابنة سبعة، ولتخريج هذه المسألة وجه آخر، وهو أن يكون الأصل من ثمانية للمرأة من ذلك الثمن سهم، وبقى سبعة بين الابنتين نصفان لا يستقيم فاضعف أصل الفريضة، فصارت ستة عشر، فمن هذا تخرج المسألة إذا ترك زوجًا وابنتين، فللزوج الربع، وللابنتين الثلثان، وما بقى يرد على الابنتين

---

(١) وفى ف وم "فيعول".

دون الزوج، وأصلها من اثنى عشر إلا أن سهم الرد بين الابنتين نصفان لا يستقيم، فأضعف حتى يزول الكسر، فصار أربعة وعشرين كان للزوج ثلاثة ضعفناها، فصار له ستة، وكان للابنتين ثمانية ضعفناها، فصار لها ستة عشر، والذى لم يكن يستقيم فى الرد سهم واحد ضعفناه، فصار سهمين، فحصل للابنتين ثمانية عشر: لكل واحد منها تسعة ثمانية بالفرض، وسهم بالرد، وإن شئت قلت: ما بقى بعد فرض الزوج، وذلك ثمانية عشر سهمًا نصفان لكل واحد منهما تسعة تسعة. ولتخريج هذه المسألة طريق آخر: وهو أن الأنصباء تتفق بثلث وثلث؛ لأن للزوج ستة وله ثلث صحيح سهمان ولكل ابنة تسعة وله ثلث صحيح وذلك ثلاثة، فاختصر من نصيب كل واحد منهم على ثلاثة من نصيب الزوج على ثلاثة، وذلك سهمان، ومن نصيب كل ابنة على ثلاثة ثلاثة ثلاثة، فيكون ثمانية، فيكفيك أن تجعل الأصل من ثمانية للزوج من ذلك سهمان، ولكل ابنة ثلاثة ثلاثة. ولتخريج هذه المسألة وجه آخر: وهو أن يجعل الأصل من أربعة للزوج ربعه، وبقى ثلثه بين الابنتين نصفان لا يستقيم، فأضعف أصل الفريضة، فصار ثمانية للزوج سهمان ولكل ابنة ثلاثة ثلاثة.

فإن ترك امرأة وأمّا وابنتين، فللمرأة الثمن وللأم السدس وللابنتين الثلثان وما بقى، فرد على الأم والابنتين، وأصلها من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة، وللأم أربعة، وللابنتين ستة عشر، بقى سهم يرد على الأم، والابنتين على خمسة؛ لأن حق الابنتين فى ستة عشر، فاجعل كل أربعة سهمًا، فيصير أربعة، وحق الأم فى أربعة، فيكون سهمًا، وقسمة سهم على خمسة لا يستقيم، فاضرب أصل الفريضة، وذلك أربعة وعشرون فى خمسة، فيكون مائة وعشرين هذا جميع المال كان للمرأة ثلاثة مضروبًا فى خمسة، فصار لها [خمسة عشر وكان للأم أربعة مضروبًا فى خمسة فصار لها عشرون وكان للابنتين ستة عشر مضروبًا فى خمسة، فصار لهما][1] ثمانون، والذى لم يكن يستقيم فى الرد سهم مضروبًا فى خمسة، فصار خمسة للأم سهم، وللابنتين أربعة، فحصل للمرأة خمسة عشر، وحصل للأم أحد وعشرون بالفرض سهم بالرد، وحصل للابنتين أربعة وثمانون: ثمانون بالفرض، وأربعة بالرد، لكل واحدة اثنان وأربعون، فعلى هذا يخرج.

---

(١) زيد من م.

ولهذا الوجه اختصار وهو أن تقول : بأن الأنصباء كلها تتفق بثلث وثلث ؛ لأن للمرأة خمسة عشر ، وله ثلث صحيح ، وذلك خمسة ، وللأم أحد وعشرون ، وله ثلث صحيح ، وذلك سبعة ، ولكل ابنة اثنان وأربعون ، وله ثلث صحيح ، وذلك أربعة عشر ، فاختصر من نصيب كل واحد منهم على ثلاثة ، فاختصر من نصيب المرأة على ثلاثة خمسة ، ومن نصيب كل ابنة على أربعة عشر ، فيكون ثمانية وعشرين ، يضم إليه نصيب المرأة خمسة ، فيصير ثلاثة وثلاثين ، ومن نصيب الأم على ثلاثة سبعة ، فيكون جملة ذلك أربعين ، فصارت الفريضة بعد الاختصار أربعين للمرأة من ذلك خمسة ثمن جميع المال كما كان ، وللأم سبعة ، وإنها ثمن المال وخمسا ثمن المال كما كان ، ولكل ابنة أربعة عشر ربع المال وخمسا ربع المال كما كان ، فمختصر المسألة على هذا . ولهذه المسألة تخريج آخر : وهو أن يجعل الأصل من ثمانية للمرأة من ذلك الثمن سهم ، وبقى سبعة بين الأم والابنتين على خمسة لا يستقيم ، ولا موافقة بينهما فى شىء ، فاضرب أصل الفريضة ، وذلك ثمانية فى خمسة ، فيصير أربعين كان للمرأة سهم مضروب فى خمسة ، فصار لها خمسة ثمن جميع المال ، والذى لم يكن يستقيم كان سبعة مضروب فى خمسة ، فصار خمسة وثلاثين للأم من ذلك خمسة ، وهو سبعة ، وللابنتين أربعة أخماس ، وذلك ثمانية وعشرون لكل واحد أربعة عشر .

فإن ترك أمًا وامرأة وثلاث بنات ، فللمرأة الثمن ، وللأم السدس ، ولثلاث بنات الثلثان وما بقى ، فرد على الأم والبنات ، وأصلها من أربعة وعشرين إلا أن سهم الرد بينهن على خمسة لا يستقيم ، فيضرب أهل الفريضة ، وهو أربعة وعشرون فى خمسة ، فصار مائة وعشرين ، فيحصل للمرأة خمسة عشر ، وللأم أحد وعشرون ، وللبنات أربعة وثمانون ، لكل واحد ثمانية وعشرون . ولهذه المسألة تخريج من وجه آخر : وهو أن يجعل الأصل من ثمانية للمرأة من ذلك سهم ، وبقى سبعة بين الأم والبنات على خمسة لا يستقيم ، ولا موافقة بينهما فى شىء ، فاضرب أصل الفريضة وهو ثمانية فى خمسة فصار أربعين كان للمرأة سهم مضروب فى خمسة ، فصار لها خمسة ، والذى لم يكن يستقيم كان سبعة مضروبًا فى خمسة ، فصار خمسة وثلاثين : للأم خمسة ، وذلك سبعة ، وبقى ثمانية وعشرون بين البنات على ثلاثة لا يستقيم ، ولا موافقة بينهما فى شىء ، فاضرب أصل الفريضة ، وذلك أربعون فى ثلاثة ، فيصير مائة وعشرون .

فإن ترك ابنة وابنة ابن، فللابنة النصف ولابنة الابن السدس وما بقى، فهو رد عليهما على قدر حقوقهما على أربعة، وسهمان على أربعة، ولا يستقيم، وكان القياس أن يضرب أصل الفريضة، وذلك ستة فى عدد ما انكسر، وذلك أربعة إلا أن ههنا اختصارًا، وهو أن بين الرؤوس وسهمى الرد موافقة بنصف ونصف، فاختصر من رؤوسهن على النصف، فحصل رؤوسهن اثنين، فهذا مبلغ الرؤوس، ثم اضرب أصل الفريضة، وذلك ستة فى مبلغ الرؤوس وذلك اثنان، فصار اثنى عشر كان للابنة الصلبية ثلاثة ضعفناها، فصار ستة، وكان لابنة الابن سهم ضعفناه، فصار لها سهمان والذى لم يكن يستقيم بينهما سهمان ضعفناهما، فصار أربعة لابنة الابن سهم، وللابنة ثلاثة، فحصل للابنة تسعة: ستة بالفرض، وثلاثة بالرد.

ولهذا الوجه اختصار وهو أن الأنصباء كلها تتفق بثلث وثلث؛ لأن نصيب الابنة تسعة، وله ثلث صحيح ثلاثة، ولابنة الابن ثلاثة وله ثلث، وذلك سهم، فاختصر من نصيب الابنة على ثلاثة، فصار ثلاثة، ومن نصيب ابنة الابن على ثلاثة، وذلك سهم، فيصير أربعة، فصارت الفريضة بعد الاختصار على أربعة.

فإن ترك امرأة وثلاث جدات وابنة وست بنات ابن للمرأة الثمن ولثلاث جدات السدس وللابنة النصف ولست بنات الابن السدس، وما بقى يرد على الجدات، والابنة وست بنات الابن، وأصلها من أربعة وعشرين إلا أن سهم الرد بين الجدات والابنة وبنات الابن على قدر حقوقهما على خمسة لا يستقيم، فاضرب الفريضة فى خمسة، فصار مائة وعشرين هذا جميع المال كان للمرأة الثمن ثلاثة مضروبًا فى خمسة، فصار لها خمسة عشر وكان للجدات السدس أربعة مضروبًا فى خمسة، فصار لهن عشرون، وكان للابنة اثنى عشر مضروبًا فى خمسة، فصار لها ستون، وكان لبنات الابن أربعة مضروبًا فى خمسة، فصار لهن عشرون، والذى لم يكن يستقيم فى الرد كان سهمًا مضروبًا فى خمسة فصار خمسة للجدات سهم، وللابنة الصلبية ثلاثة، ولابنة الابن سهم، فحصل للمرأة خمسة عشر، وللجدات أحد وعشرون، وللابنة ثلاثة وستون، ولست بنات الابن أحد وعشرون وهو بينهن على ست لا يستقيم الآن نصيبهن مع رؤوسهن تتفق بثلث وبثلث، فيكفيك أن تضعف المال، فيكون مائتين وأربعين كان للمرأة خمسة عشر ضعفناها، فصار لها ثلاثين، وكان للجدات أحد وعشرون

ضعفناها، فصار لهن اثنان وأربعون، وكان للابنة ثلاثة وستون ضعفناها، فصار لها مائة وستة وعشرون، وكان لست بنات الابن أحد وعشرون ضعفناها، فصار لهن اثنان وأربعون بينهن مستقيم لكل واحدة سبعة سبعة.

ولهذه المسألة تخريج من وجه آخر: وهو أن يجعل الأصل من ثمانية للمرأة الثمن سهم، وبقى سبعة أسهم على خمسة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما فى شىء، فاضرب أصل الفريضة فى خمسة، فصار أربعين كان للمرأة سهم مضروبًا فى خمسة، فصار لها خمسة، والذى لم يكن يستقيم سبعة مضروبًا فى خمسة، فصار خمسة وثلاثون للجدات خمسه، وذلك سبعة، وللابنة ثلاثة أخماسه، وذلك أحد وعشرون، ولبنات الابن خمسه وهو سبعة إلا أن سبعة بين بنات الابن على ستة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما فى شىء، فكان القياس أن يضرب الرؤوس فى الرؤوس إلا أن ههنا اختصارًا، وهوأن الرؤوس تتفق بثلث وثلث فخذ الثلث من أحدهما، واضربه فى جميع الآخر، وذلك سهم فى ست، أو سهمان فى ثلاثة، فصار ستة، وهذا مبلغ الرؤوس، ثم اضربه فى أصل الفريضة، وذلك أربعون، فصار مائتين وأربعين، فمن هذا يخرج.

ولو ترك أربعة نسوة وبنتًا وخمس بنات الابن، فلأربعة نسوة الثمن، وللابنة النصف ولخمس بنات ابن السدس، وما بقى، فرد على الابنة وخمس بنات الابن على قدر حقوقها أرباعًا: ثلاثة أرباعه للابنة، وربعه لخمس بنات الابن، وأصلها من ثمانية: لأربع نسوة الثمن بينهن يبقى سبعة على أربعة غير مستقيم، وسهم أيضًا على أربعة لأربع نسوة لا يستقيم، فوقع الكسر فى نصيب النسوة، وفى الذى بقى أيضًا، فيجب أن يضرب عدد الرؤوس بعضها فى بعض، ثم فى الفريضة إلا أن ههنا اختصارًا، فإن بين الرؤوس موافقة بربع وربع، فإن رؤوس النسوة أربعة، والباقى وجب قسمته على أربعة، فيكفى أربعة عن أربعة، واختصر على أحد الأربعين، وذلك أربعة، فهذا مبلغ الرؤوس، ثم اضرب أصل الفريضة فيه وهو ثمانية، فصار اثنين وثلاثين هذا جميع المال كان للنسوة سهم مضروبًا فى أربعة، فصار أربعة بينهن، فيستقيم لكل واحد منهن سهم سهم، والذى لم يكن يستقيم بين الابنة وبنات الابن سبعة مضروبًا فى أربعة، فصار ثمانية وعشرين لخمس بنات ابن ربع ذلك، وذلك سبعة، وللابنة ثلاثة أرباعه، وهو أحد وعشرون إلا أن سبعة بين خمسة بنات ابن على خمسة لا يستقيم، فيضرب أصل

الفريضة وهو اثنان وثلاثون فيما وقع الكسر فيه وهو خمسة، فيصير مائة وستين هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة.

مسألة التخارج:

٢١١٦٥- وإذا أراد الورثة أن يصالحوا مع المرأة عن نصيبها من التركة على مال معلوم، أو أرادوا أن يصالحوا مع وارث آخر من نصيبه على مال معلوم، فهذه المسألة مذكورة فى كتاب الصلح فى أوله إلا أنه وضع المسألة ثمة فى صلح الورثة مع المرأة من ثمنها، ولجواز هذا الصلح شرائط كثيرة ذكرت فى كتاب الصلح، والذى يختص بهذا الكتاب بيان كيفية قسمة الباقى بعد الصلح بين باقى الورثة، وهذا فصل لا رواية فيه عن محمد رحمه الله، ولم ينقل عن المشايخ المتقدمين فيها شيء، واختلف المتأخرون فيه: عامتهم على أنه يقسم الباقى بين بقية الورثة على السهام التى ظهرت قبل التخارج، ولا يجعل هذا الوارث بالتخارج كأن لم يكن، مثاله: إذا هلك الرجل، وترك امرأة وابنتًا وأخًا لأب وأم، فصالح الابنة والأخ مع المرأة على مال معلوم، فالباقى كيف يقسم؟ فنقول: أصل المسألة من ثمانية: للمرأة من ذلك سهم، وللابنة النصف أربعة، والباقى وذلك ثلاثة للأخ، فسهم الأخ والابنة سبعة، فإذا خرجت المرأة من البنين يقسم الباقى على سبعة بين الابن والأخ عند عامة المتأخرين، ولا يجعل المرأة كأن لم يكن إذ لو جعلت كأن لم يكن يقسم الباقى بين الابنة والأخ نصفان، كما لو ترك من الابتداء ابنة وأخًا لأب وأم، وإنما فعلنا كذلك؛ لأن الصلح على ما هو موضوعه يجوز بدون الحق، وترك الباقى على المصالح معه، فالصلح كان مع جميع الورثة، فتصير المصالح تاركًا حقه على جميعهم، وإنما يصير ما بقى من حق المصالح متروكًا على جميع الورثة، إذا قسم الباقى على السهام التى كانت لهم قبل الصلح، أما إذا لم يقسم على تلك السهام كان الباقى عائدًا إلى بعض الورثة، وإنه لا يجوز، وبه كان يفتى الصدر الشهيد حسام الدين والقاضى الإمام عماد الدين على الرائضى والشيخ الإمام نجم الدين النسفى، ونحن نقضى به أيضًا -والله أعلم-.

الفصل الثامن والعشرون
في تصحيح السهام

٢١١٦٦- إذا كانت السهام مثل عدد الرؤوس أو مثلها وثلاثة أمثاله، أو ما أشبه ذلك، فهذا لايحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح، مثال الأول: إذا ترك بنتًا وأخًا لأب وأم أو لأب، أو ترك المرأة زوجًا وأختًا لأب وأم، فهذا يخرج من اثنين من غير أن يحتاج فيه إلى الضرب، ومثال الثاني: إذا تركت المرأة زوجًا وابنًا، أو ترك الرجل زوجة وأخًا لأب وأم، فهذا يخرج من أربعة من غير أن يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح، مثال الثالث: إذا ترك أما وابنًا، فهذا يخرج من ستة من غير أن يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح، وإذا ترك زوجة وابنًا، فهنا يخرج من ثمانية من غير أن يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح.

٢١١٦٧-وإن وقع الكسر بأن لم يستقم سهام بعض الورثة عليهم، فذلك لا يخلو: إما أن يقع الكسر على جنس واحد، أو على جنسين، أو على ثلاثة أجناس، أو على أربعة أجناس، فإن وقع الكسر على جنس واحد فهذا على وجهين: إما أن يكون بين سهامهم وعدد رؤوسهم موافقة أو لم يكن، وتفسير الموافقة أن يكون للسهام جزء صحيح كالنصف أو الثلث أو الربع، أو ما أشبه ذلك من الأجزاء الصحاح ولعدد رؤوسهم مثل ذلك، فإن لم يكن بين السهام والرؤوس موافقة، فخذ عدد من انكسر عليهم السهام، واجعل كل ابن بنتين وكل أخ أختين، واضربه في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فما اجتمع فمنه تخرج المسألة، مثاله: رجل مات، وترك أبوين وثلاث بنين، أصل المسألة من ستة: للأبوين سهمان منها، وللبنين ما بقي، وذلك أربعة والبنون ثلاثة، وقسمة الأربعة على ثلاثة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما، فاضرب ثلاثة في ستة، فيصير ثمانية عشر: للأبوين ستة، وللبنتين اثنى عشر، لكل ابن أربعة، فتصح المسألة، ومثال آخر: رجل مات، وترك بنتًا وثلاث إخوة وأربع أخوات لأب وأم، أصل المسألة من اثنين: لحاجتنا إلى النصف المفرد، فللابنة النصف، وذلك سهم، والسهم الآخر بين

الإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين على عشرة أسهم، وإنه لايستقيم، ولا موافقة، فضربنا عدد الرؤوس المنكسرة، وذلك عشرة في أصل المسألة، وذلك سهمان، فيكون عشرين للابنة النصف، وذلك عشرة والنصف الآخر، وذلك عشرة بين الإخوة والأخوات، لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم.

٢١١٦٨-وإن كان بين سهامهم، وعدد رؤوسهم موافقة، فخذ الجزء الموافق من عدد رؤوسهم بعد ما جعل كل ابن ابنتين، وكل أخ أختين، واضرب في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة، وإذا أردت معرفة نصيب كل جنس، فخذ ما لذلك الجنس من أصل الفريضة، واضرب في الجزء الموافق من عدد الرؤوس، فما بلغ، فهو نصيب ذلك الجنس، وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الجنس، فالجزء الموافق من نصيبهم من أصل الفريضة نصيب كل واحد من الإناث، وللذكر ضعف ذلك، مثاله: رجل مات، وترك امرأة وبنتًا وثلاثة إخوة وثلاث أخوات لأب وأم، فالفريضة من ثمانية، للمرأة الثمن سهم، وللبنت النصف أربعة، والباقي بين الإخوة والأخوات على تسعة أسهم، وقسمة ثلاثة على تسعة لا يستقيم إلا أن بين عدد الرؤوس المنكسرة وبين نصيبهن من أصل الفريضة موافقة في النصف، فإن لثلاثة ثلث صحيح وذلك سهم، ولتسعة ثلث صحيح، وذلك ثلاثة، فخذ الجزء الموافق من عدد الرؤوس وذلك ثلاثة، واضربه في أصل الفريضة وذلك ثمانية، فيصير أربعة وعشرين منها تخرج المسألة كان للمرأة سهم ضربناه في ثلاثة، وصار ثلاثة فلها ثلاثة، وكان للبنت أربعة ضربناها في ثلاثة، فكان اثنى عشر، فلها ذلك، وكان للإخوة والأخوات ثلاثة ضربناها في ثلاثة، فكان تسعة، وإنها مستقيم على الإخوة والأخوات على تسعة لكل أخت سهم، ولكل أخ سهمان، وكان نصيب الأخت مثل الجزء الموافق من نصيبهم، وذلك سهم، وللأخ ضعف ذلك سهمان.

مثال آخر: رجل مات، وترك أبوين وابنين وابنتين، أصل المسألة من ستة: للأبوين سهمان والباقي، وذلك أربعة بين الابنين والبنتين على ستة، وقسمة أربعة على ستة لا يستقيم إلا أن بين السهام، وعدد الرؤوس موافقة بالنصف، فمأخذ الجزء الموافق من عدد الرؤوس، وذلك ثلاثة، ونضربه في أصل الفريضة، وذلك ستة، فيصير ثمانية عشر كان للأبوين سهمان ضربناه في ثلاثة، فصار ستة، فلهما ذلك، وكان للابنين

وابنتين اربعة ضربناها فى ثلاثة، فصار اثنى عشر قسمنا عليهم على ستة: لكل ابن أربعة، لكل بنت سهمان، ونصيب الابن ضعف ذلك، قال القاضى الإمام الكبير الشهيد عبد الواحد: ولو ضربنا تسعة فى ثمانية، تخرج المسألة من اثنين وسبعين، أشار إلى أنه وإن كان بين السهام وعدد الرؤوس موافقة لو ضربنا جميع عدد الرؤوس فى أصل الفريضة، كان مستقيمًا.

٢١١٦٩-وأما إن وقع الكسر على جنسين مختلفين، فهو على وجوه: الأول: أن لا يكون بين السهام والرؤوس موافقة، وإنه أنواع: أحدها: أن يكون بين أعداد رؤوسهم مماثلة نحو ثلاثة ثلاثة وأربعة وأربعة، وفى هذا النوع يؤخذ واحد من أعداد الرؤوس، ويضرب فى أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة، مثاله: إذا هلك الرجل، وترك ثلاث نسوة وثلاثة بنين، فأصل المسألة من ثمانية: للنسوة سهم، ولا يستقيم عليهن، وللبنين سبعة، ولا يستقيم عليهم، وأعداد الرؤوس مماثلة ثلاثة ثلاثة، فخذ أحد عدد الرؤوس، وذلك ثلاثة، واضربها فى أصل المسألة، وذلك ثمانية للنسوة، فيصير أربعة وعشرين، للنسوة الثمن ثلاثة، لكل واحدة منهم سهم، وللبنين أحد وعشرون، لكل ابن سبعة.

النوع الثانى: أن لا يكون أعداد رؤوسهم متماثلة، ولا يكون بين أعداد الرؤوس موافقة، ولا بين السهام والرؤوس موافقة، فإن كان أعداد رؤوسهم متداخلة، ومعناه أن يكون أحد العددين مثل نصف عدد الآخر، وأقل من نصف عدده إلا [أنه إذا زدت عليه مثليه أو أمثاله بلغ العدد الأكثر، وفى هذا النوع خذ][1] العدد الأكثر، واضربه فى أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة، فمنه تخرج المسألة، مثاله: إذا هلك الرجل، وترك ثلاثة نسوة وست بنين، أصل المسألة من ثمانية: للنسوة سهم، لا يستقيم عليهن، وللبنين سبعة لا يستقيم عليهم أيضًا إلا أن عدد النسوة داخل فى عدد البنين، فخذ عدد البنين، وذلك ستة، واضربه فى أصل الفريضة، وذلك ثمانية، فيصير ثمانية وأربعين: للنسوة وستة، لكل واحد سهمان، وللبنين اثنان وأربعين، لكل ابن سبعة، فيستقيم التخريج.

النوع الثالث: أن يكون أعداد رؤوسهم متباينة، ومعناه أن يكون أحد العددين

(١) زيد من م وف.

أكثر من نصف العدد الآخر، أو أقل منه إلا أنه إذا زدت عليه مثليه أو أمثاله يزيد على العدد الآخر، وفى هذا النوع خذ أحد العددين، واضربه فى الآخر، فما اجتمع من عدد الرؤوس، فاضربه فى أصل الفريضة، فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة، مثاله: رجل مات، وترك ثلاث أخوات لأب وأم وأختين لأم، فأصل المسألة من ثلاثة: سهمان للأخوات لأب وأم لا يستقيم عليهن، وسهم للأختين لأم لا يستقيم عليها، فنضرب أحد العددين، وذلك اثنان فى العدد والآخر، وذلك ثلاثة، فيصير ستة، ثم يضرب الستة فى أصل الفريضة، فيصير ثمانية عشر: كان للأخوات لأم وأب سهمان، ضربناها فى ستة، فكان أثنى عشر، يقسم عليهن أصاب كل واحدة أربعة، وكان للأختين لأم سهم واحد ضربناه فى ستة، فيكون ستة يقسم عليهما، فأصاب كل واحدة ثلاثة أسهم، ومن المشايخ من زاد على ما قلنا، فقال: وأما إذا كانت الأعداد متفقة، وتفسيره أن يكون أحد العددين أكثر من الآخر، ولكن الأقل ليس بجزء للأكثر إلا أن بينهما موافقة بجزء واحد أو بأجزاء، فالموافقة بجزء واحد كستة مع خمسة عشر، فإن الأقل ليس بجزء للأكثر، ولكن بينهما موافقة بالثلث، فكانا متفقين من هذا الوجه، والموافقة بأجزاء كالستة مع اثنى عشر، فإنها غير متداخلين؛ لأنه إذا زدت على الأقل أمثاله يزيد على الأكثر، ولكن بينهما موافقة بالنصف والسدس والثلث، وعبارة بعضهم فى تفسير المتداخلة أن يكون أحد العددين أكثر من الآخر، ولكن الأقل جزء من الأكثر، نحو: ثلاثة وتسعة وأربعة واثنى عشر، ومعرفة كون الأقل جزء من الأكثر بإحدى علامات ثلاث، إنك إذا نقصت عن الأكثر أمثال الأقل، يفنى به الأكثر، وإذا زدت على الأقل أمثال الأكثر، بلغ عدد الأكثر، وإذا قسمت الأكثر على الأقل يكون مستقيمًا للأكثر فيه.

الوجه الثانى: إذا وقع الكسر على جنسين مختلفين، ولا موافقة بين سهام كل فريق، وأعداد رؤوسهم إلا أن بين أعداد رؤوس الفريقين موافقة، فى هذا الوجه خذ الجزء الموافق مع أحد العددين، واضربه فى كل العدد الآخر، فما اجتمع فيه، فاضربه فى أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فمنه تخرج المسألة، مثاله: رجل هلك، وترك أربع نسوة وست بنين أصل المسألة من ثمانية: للنسوة سهم، وذلك لا يستقيم عليهن، وللبنين سبعة، وذلك لايستقيم عليهن إلا أن بين أعداد الرؤوس موافقة بالنصف، فخذ نصف أحد العددين، واضربه فى كل العدد الآخر، فيصير اثنى عشر، اضرب اثنى عشر

فى أصل الفريضة، وذلك ثمانية، فيصير ستة وتسعين : للنسوة الثمن اثنى عشر كل واحدة ثلاثة، وللبنين أربعة وثمانون حصة كل واحدة منهم أربعة عشر، فيستقيم التخريج.

الوجه الثالث : إذا وقع الكسر على جنسين مختلفين وبين سهام كل فريق وعدد رؤوسهم موافقة، وفى هذا الوجه لا يطلب الموافقة بين أعداد الرؤوس، ويؤخذ الجزء الموافق من رؤوس كل فريق، وينظر إلى الجزئين، فإن كانا متماثلين يؤخذ أحدهما، ويضرب فى أصل الفريضة، وإن كانت عائلة، ففى عولها، فما اجتمع فمنه تخرج المسألة، مثاله : رجل مات، وترك أمّا، وعشر أخوات لأب وأم وعشر أخوات لأم، أصل المسألة من ستة : للأم السدس، وذلك سهم، وللأخوات لأب وأم الثلثان، وذلك أربعة وللأخوات لأم الثلث، وذلك سهمان، فعالت إلى سبعة، فما أصاب الأخوات لأم لا يستقيم عليهن، ولكن بين سهامين، وعدد رؤوسهن موافقة بالنصف أيضًا، فأخذنا نصف رؤوس كل فريق، فوجدناهما متماثلين خمسة خمسة، فضربنا أحد الخمسين فى أصل الفريضة مع عولها سبعة، فيصير خمسة وثلاثين، فمنه تخرج المسألة، كان للأم سهم مضروبًا فى خمسة، فيكون لها ذلك، وكان للأخوات لأب وأم أربعة مضروبة فى خمسة، فذلك عشرون، فيستقيم عليهن نصيب كل واحدة سهمان، وكان للأخوات لأم سهمان مضروبًا فى خمسة، فذلك عشرة يقسم عليهن نصيب كل واحدة سهم، فيستقيم التخريج، هذا إذا كان الجزءان متماثلين، وإن كان أحدهما متداخلان فى الآخر، فخذ العدد الأكثر، واضربه فى أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة.

٢١١٧٠-إذا هلك الرجل، وترك امرأة وست عشر أخوات لأب وأم وست عشر أخوات لأم، أصل المسألة من اثنى عشر، وعالت إلى خمسة عشر : للمرأة الربع ثلثه وللأخوات لأب وأم الثلثان ثمانية، وإنها لا تستقيم عليهن، ولكن بينهما وبين عدد رؤوسهن موافقة بالربع، فأخذنا ثمن عددهن، وذلك اثنان وللأخوات لأم الثلث أربعة، وإنها لا تستقيم عليهن، ولكن بينهما وبين عدد رؤوسهن موافقة بالثمن، فأخذنا ربع

عددهن ، وذلك أربعة [1] ، فحصلت الأعداد أربعة واثنان واثنان داخلتان فى الأربعة ، فضربنا الأربعة فى الفريضة مع عولها ، وذلك خمسة عشر ، فتصير ستون كان للمرأة ثلاثة مضروبة فى أربعة كان اثنى عشر ، فذلك للمرأة ، وكان للأخوات لأب وأم ثمانية مضروبة فى أربعة ، فذلك اثنان وثلاثون يقسم عليهن نصيب كل واحدة منهن سهمان ، وكان للأخوات لأب أربعة مضروبة فى أربعة ، وذلك ستة عشر يقسم عليهن نصيب كل واحدة بينهم ، فيستقيم التخريج .

وإن كانا متبائنين ، فخذ أحد الجزئين ، واضربه فى الجزء الآخر فما اجتمع ، فاضربه فى أصل الفريضة مع عولها إن كانت عائلة ، فما اجتمع فمنه تخرج المسألة ، مثاله : إذا هلك رجل ، وترك أمّا وأربع أخوات لأم وست أخوات لأب وأم أصل الفريضة من ستة عالت إلى سبعة ، للأم السدس سهم ، وللأخوات لأب وأم الثلثان أربعة لا يستقيم عليهن ، ولكن بينهما وبين أعداد رؤوسهن موافقة بالنصف وللأخوات لأم الثلث سهمان ، ولا يستقيم عليهن أيضًا ، وبين أعداد رؤوسهن موافقة بالنصف ، فأخذنا نصف عدد كل فريق ، فحصل الأعداد ثلاثة واثنان ، والاثنان لا يتداخلان فى الثلاثة ، فضربنا أحدهما فى الآخر ، فصار ستة ، ثم ضربنا ستة فى أصل الفريضة مع عولها ، وذلك سبعة ، فصار اثنين وأربعين ، فمنه تخرج المسألة ، كان للأم سهم مضروبًا فى ستة ، فصار لها ستة ، وكان للأخوات لأب وأم أربع مضروبًا فى ستة ، فذلك أربعة وعشرون حصة كل واحدة أربعة ، وكان للأخوات لأم سهمان مضروبًا فى ستة ، وذلك اثنى عشر حصة كل واحد منهن ثلاث ، فاستقام التخريج .

٢١١٧١-وإن كان الجزءان متوافقين ، فخذ الجزء الموافق من أحد الجزئين ، واضربه فى كل الجزء الآخر ، فما اجتمع ، فاضربه فى أصل الفريضة مع عولها إن كانت عائلة ، فما اجتمع فمنه تخرج المسألة ، مثاله : إذا هلك الرجل وترك امرأة وثمانى عشر أخوات لأب وأم وثنتى عشر جدة ، فأصل الفريضة من اثنى عشر عالت إلى ثلاثة عشر للمرأة ثلاثة وللأخوات لأب وأم ثمانية ، وإنها لا يستقيم عليهن ، ولكن بينهما وبين رؤوسهن موافقة بالنصف ، فأخذنا نصف عددهن وذلك تسعة ، وللجدات سهمان

---

(١) وفى الأصل "اثنان" .

أيضًا، وإنه لا يستقيم عليهن أيضًا، ولكن بينهن وبين عدد رؤوسهن موافقة بالنصف أيضًا، فأخذ نصف عددهن ستة، فحصلت أعداد الرؤوس ستة بين تسعة وبين ستة وتسعة موافقة بالثلث، فأخذنا الجزء الموافق من أحدهما، فضربناه فى الآخر، فصار ثمانية عشر، ثم ضربنا ثمانية عشر فى أصل الفريضة مع عولها، وذلك ثلاثة عشر، فيصير مائتين وأربعة وثلاثين، كان للمرأة ثلاثة مضروبة فى ثمانية عشر، وذلك أربعة وخمسون، وكان للأخوات ثمانية مضروبة فى ثمانية عشر، وذلك مائة وأربعة وأربعون حصة كل واحدة ثمانية، وكان للجدات سهمان مضروبًا فى ثمانية عشر، وذلك ستة وثلاثون حصة كل واحدة ثلاثة.

الوجه الرابع: إذا وقع الكسر على جنسين مختلفين وبين سهام أحد الفريقين وعدد رؤوسهن موافقة، فخذ الجزء الموافق من الفريق الذى له موافق، وقابله بالفريق الآخر ولايخلو: إما إن كانا متماثلين أو متداخلين أو متباينين، والحكم فيه على نحو ما بينا فيما تقدم.

وأما إذا وقع الكسر على ثلاثة أجناس مختلفة، ولم يكن بين السهام والرؤوس، ولا بين أعداد رؤوسهن موافقة، فإنه يضرب الرؤوس بعضها فى بعض، فما اجتمع يضرب فى أصل الفريضة مع عولها إن كانت عائلة فما اجتمع، فمنه تخرج المسألة، مثاله: رجل هلك، وترك ثلاث جدات وخمس بنات وابنى ابن وثلث بنات ابن، أصل المسألة من ستة: للجدات السدس سهم، ولا يستقيم عليهن وللبنات الثلثان أربعة، ولا يستقيم عليهن، ولأولاد الابن الباقى، وذلك سهم بينهم على سبعة، وإنه لا يستقيم عليهم أيضًا، فاضرب ثلاثة فى خمسة، فتصير خمسة عشر، ثم اضرب خمسة عشر فى سبعة، فيصير مائة وخمسة هذا هو مبلغ الرؤوس، ثم اضرب مبلغ الرؤوس فى أصل الفريضة، وذلك ستة، فيكون ستمائة وثلاثين، كان للجدات سهم مضروبًا فى مائة وخمسة، فيكون مائة وخمسة بينهن لكل واحدة خمسة وثلاثون، وكان للبنات أربعة مضروبة فى مائة وخمسة، فيكون أربع مائة وعشرين لكل واحد أربعة وثمانون، وكان لأولاد الابن سهم مضروبًا فى مائة وخمسة، فيكون مائة وخمسة لكل بنت ابن خمسة عشر وهن ثلاث، وذلك خمسة وأربعون، ولكل ابن ابن ثلاثون وهما اثنان، فذلك ستون، فجملة ذلك مائة وخمسة.

صورة أخرى : رجل أهلك ، وترك خمس جدات وثلاث بنات وابنى ابن وثلاث بنات ابن ، أصل المسألة من ستة : للجدات السدس سهم ، ولا يستقيم عليهن ، ولثلاث بنات الثلثان أربعة لا يستقيم عليهن أيضًا ، ولأولاد الابن سهم بينهم على سبعة ، ولا يستقيم عليهم ، فيضرب عدد الرؤوس بعضها في بعض يضرب خمسة فى ثلاثة ، فيصير خمسة عشر ، ثم يضرب خمسة عشر ، ثم يضرب خمسة عشر فى سبعة ، فتصير مائة وخمسة ، ثم يضرب مبلغ الرؤوس فى ستة ، فيصير ستمائة وثلاثين ، ووجه التخريج على نحو ما فى المثال الأول ، وإن كان بين السهام ، وعدد الرؤوس موافقة ، أو كانت الموافقة بين سهام البعض ، وعدد رؤوسهن أو كانت الموافقة بين أعداد الرؤوس ، فاعمل فيها على نحو ما بينا فيما تقدم .

بيان ذلك من المسائل:

٢١١٧٢-رجل مات ، وترك ثلاث جدات وثنتى عشرة بنتًا وابنى ابن وابنتى ابن ، أصل المسألة من ستة : للجدات السدس ، وإنه لا يستقيم عليهن ، وللبنات الثلثان أربعة ، وإنه لا يستقيم عليهن أيضًا ، ولأولاد الابن السهم الباقى مقسومًا بينهم على ستة ، ولايستقيم عليهم أيضًا إلا أن بين رؤوس البنات ، وسهامهن موافقة بالربع ، فخذ ربع رؤوسهن ، وذلك ثلاثة ، ورؤوس الجدات أيضًا ثلاثة ، فهما عددان متماثلان ، فاكتفِ بأحدهما ، فحصل رؤوس البنات والجدات ثلاثة ، رؤوس أولاد الابن ستة وبين ثلاثة وستة موافقة بالثلث ، فخذ الثلث من أحدهما ، واضربه فى جميع الآخر ، وخذ الواحد ، واضربه فى ستة ، أو خذ الاثنين ، واضربهما فى ثلاثة ، فيصير ستة على كل حال ، وهذا هو مبلغ الرؤوس ، ثم اضرب مبلغ الرؤوس ، وذلك ستة فى أصل الفريضة وذلك ستة ، فيصير ستة وثلاثين ، فهذا هو جميع المال كان للجدات سهم مضروب فى ستة ، فيكون ستة لكل واحدة سهمان ، وكان للبنات أربعة مضروبة فى ستة ، فيكون أربعة وعشرون لكل واحد سهمان ، وكان لأولاد الابن سهم مضروب فى ستة ، فيكون لكل ذكر سهمان ، ولكل أنثى سهم .

٢١١٧٣-ولو ترك أربع جدات وثنتى عشرة بنتًا وابنى ابن وابنى ابن ، أصل المسألة

من ستة : للجدات السدس سهم، ولا يستقيم عليهن، وللبنات الثلثان أربعة، ولا يستقيم ذلك أيضًا ولأولاد الابن السهم الباقي بينهم على ستة، ولا يستقيم ذلك أيضًا إلا أن بين رؤوس البنات، ونصيبهن موافقة بالربع، فخذ الربع من رؤوس البنات، وذلك ثلاثة ورؤوس أولاد الابن ستة وبين رؤوس البنات، وأولاد الابن موافقة بالثلث، فخذ الثلث من أحدهما، واضربه في الآخر اضرب واحد من البنات في أولاد الابن ستة، أو اضرب اثنين من أولاد الابن في البنات ثلاثة، وكيف ما كان يكون ستة، ثم بينهن وبين رؤوس الجدات موافقة بالنصف، فخذ النصف من أحدهما، واضربه في جميع الآخر، وذلك ثلاثة في أربعة، واثنان في ستة، فيصير اثنى عشر، فهذا مبلغ الرؤوس، ثم اضرب مبلغ الرؤوس في أصل الفريضة، وذلك ستة، فيصير اثنين وسبعين، فهذا هو جملة المال كان للجدات سهم مضروبًا في اثنى عشر، فيكون ثمانية وأربعين لكل واحد ثلاثة، وكان للبنات الثلثان أربعة مضروبة في اثنى عشر، فيكون ثمانية وأربعين لكل واحد أربعة، وكان لأولاد الابن سهم مضروبًا في اثنى عشر، فكان اثنى عشر سهمًا على ستة لكل ذكر أربعة، ولكل أنثى اثنان.

٢١١٧٤-ولو ترك زوجتين وجدتين وأربع أخوات لأم، فالمسألة مع التصحيح ثمانية، فالوجه في ذلك أن يقال: يأخذ سهم الزوجين مع أقل حساب، يخرج منه فرض الزوجات وذلك أربعة، إذ لا رد عليهن، فيعطى لهما سهم من أربعة، ولا يستقيم عليهما بقي هناك ثلاثة بين الجدتين والأخوات أثلاثًا فرضًا وردًا، سهم من ذلك للجدين لا يستقيم عليهما، وسهمان للأخوات، ولا يستقيم عليهن أيضًا غير أن بين نصيب الأخوات وعدد رؤوسهن موافقة بالنصف فيأخذ الجزء الموافق من رؤوس الأخوات، وذلك اثنان، فتماثلت الأعداد الثلاثة زنان دو ودو جد كان دو خواهران دو، فنأخذ هذه الأعداد، وذلك اثنان، ونضربهما في أصل الفريضة أربعة، فيصير ثمانية للزوجين الربع سهمان، لكل واحد سهم وللجدتي ثلاثة ما بقي سهمان لكل واحد سهم وللأخوات أربعة أسهم لكل واحد سهم، وحكى عن الشيخ الإمام أبي الفضل رحمه الله تعالى: أنه كتب في جواب هذه المسألة مرة: از هشت هر كسى را ازين عدديكى.

٢١١٧٥-ولو ترك أربع جدات وأربعة إخوة لأم وأربع إخوة وأربع أخوات لأب وأم، أصل المسألة من ستة: للجدات السدس سهم، ولا يستقيم عليهن، وللإخوة لأم

الثلث سهمان، فلا يستقيم عليهم، وللإخوة والأخوات لأب وأم ما بقى، وذلك ثلاثة أسهم على اثنى عشر؛ لأنهم اثنى عشر معنى، ولا يستقيم ذلك عليهم أيضًا غير أن بين عدد رؤوس الإخوة والأخوات لأب وأم وبين سهامهم موافقة بالثلث، فيكتفى من رؤوسهم بالثلث، وذلك أربعة، فصار رؤوسهم أربعة، ورؤوس الجدات أيضًا أربعة ورؤوس الإخوة لأم أربعة، فيأخذ أحد الأرباع، ويضربها فى أصل الفريضة ستة، فيصير أربعة وعشرين، فهذا هو جملة المال كان للجدات سهم مضروب فى أربعة، فكان أربعة لكل واحدة سهم وكان للإخوة لأم سهمان مضروبان فى أربعة، فكان ثمانية لكل واحد سهمان، وكان للإخوة والأخوات لأب وأم ثلاثة مضروبة فى أربعة، فكان اثنى عشر يقسم بينهم على اثنى عشر لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم.

٢١١٧٦-ولو أن امرأة هلكت، وتركت زوجًا وثلاث جدات وست أخوات لأم أربعة وعشرين أختًا لأب وأم، فإن للجدات السدس سهم من ستة، وللزوج النصف ثلاثة، وللإخوة لأم الثلث سهمان، وللأخوات لأب وأم الثلثان أربعة، فجملة ذلك عشرة، عالت بأربعة، وما أصاب الجدات والأخوات لأم والأخوات لأب وأم لا يستقيم على رؤوسهن غير أن بين عدد رؤوس الأخوات لأب وأم وبين سهامهن موافقة بالربع، فنأخذ الربع من عدد رؤوسهن، وذلك ستة، فصار رؤوسهن ستة ورؤوس الأخوات لأم أيضًا ستة فهما عددان متماثلان، فيكتفى بأحدهما، ويطرح الآخر، فصار رؤوس جملة الأخوات ستة ورؤوس الجدات ثلاثة، فبينهن موافقة بالثلث، فنأخذ ثلث أحدهما، ونضربه فى كل الآخر، وأحد فى ستة أو اثنان فى ثلاثة، وكيف ما كان يكون ستة، ثم يضرب ستة فى مبلغ الفريضة، وذلك عشرة، فيصير ستين فمنه تخرج المسألة.

وأما إذا وقع الكسر على أربعة أجناس مختلفة، ولم يكن بين السهام والرؤوس موافقة، ولا بين أعداد الرؤوس موافقة، فإنه يضرب الرؤوس بعضها فى بعض، فما اجتمع يضرب فى أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة، فما اجتمع يخرج منه المسألة، مثاله: رجل هلك، وترك امرأتين وثلاث جدات وخمس أخوات لأم وثلاث إخوة وأخت لأب أو لأب وأم، أصل الفريضة من اثنى عشر: للمرأتين الربع وذلك ثلاثة، وإنه لا يستقيم عليهما، وللجدات السدس سهمان، ولا يستقيم ذلك عليهن، وللأخوات لأم الثلث أربعة، ولايستقيم عليهن، وللإخوة والأخت لأب أو لأب وأم ما

بقى، وذلك ثلاثة أسهم على سبعة، وإنه لا يستقيم أيضًا، فاضرب الرؤوس بعضها في بعض اضرب اثنين فى ثلاثة، فيكون ستة، ثم اضرب ستة فى خمسة، فيكون ثلاثين، ثم اضرب ثلاثين فى سبعة، فيكون مائتين وعشرة، هذا هو مبلغ الرؤوس، فاضربها فى أصل الفريضة، وذلك اثنى عشر، فيصير ألفين وخمسمائة وعشرين، فمنه تخرج المسألة.

وإن كان بين السهام وعدد الرؤوس موافقة، أو كانت الموافقة بين سهام البعض وعدد رؤوس البعض، أو كانت الموافقة بين سهام البعض وعدد رؤوس البعض، أو كانت الموافقة بين أعداد الرؤوس، فاعمل بها على نحو ما ذكرنا، مثاله: رجل هلك، وترك أربع نسوة وثمانى جدات وستة عشر أختًا لأم وأربعة إخوة وأربع أخوات لأب وأم، فللنسوة الربع ثلاثة من اثنى عشر، وإنها لا تستقيم عليهن، وللجدات السدس سهمان، ولا يستقيم عليهن، وللأخوات لأم الثلث أربعة، ولا يستقيم عليهن والباقى وذلك ثلاثة بين الإخوة والأخوات لأب وأم على اثنى عشر، ولا يستقيم عليهم أيضًا إلا أن بين رؤوس الجدات وسهامهن موافقة بالنصف، فنأخذ نصف أربعة ورؤوس النسوة أربعة أيضًا، فيكتفى بأحد الأربعين، ويترك الأحد، فصار رؤوس الجدات والنسوة أربعة وبين نصيب الأخوات لأم ورؤوسهن موافقة بالربع أيضًا، فخذ ربع رؤوسهن، وذلك أربعة وبين نصيب الإخوة والأخوات لأب وأم أو لأب موافقة بالثلث، فيأخذ الثلث من عدد رؤوسهن وذلك أربعة، فحصل ثلاث أربعات يكتفى بأحدهن، ويترك البواقى، فصار مبلغ الرؤوس أربعة يضربها فى أصل الفريضة اثنى عشر، فيصير ثمانية وأربعين كان للنسوة ثلاثة من اثنى عشر مضروبة فى أربعة، فيكون اثنى عشر، فذلك لهن، ويستقيم عليهن لكل واحدة ثلاثة، وكان للجدات سهمان مضروبان فى أربعة، فيكون ثمانية، فهى لهن، ويقسم عليهن لكل واحد سهم، وكان للأخوات[1] لأم أربعة مضروبة فى أربعة، فيصير ستة عشر لكل واحدة سهم، وكان للإخوة والأخوات لأب وأم ثلاثة مضروبة فى أربعة، فيصير اثنى عشر، فيستقيم عليهم أيضًا لكل ذكر سهمان، ولكل أنثى سهم، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم بالصواب-.

---

(١) وفى ف "للإخوة والأخوات".

الفصل التاسع والعشرون
في المناسخة

٢١١٧٧- صورة المناسخة: أن يموت الرجل أو المرأة، ويترك ورثة، ثم يموت بعض ورثته قبل قسمة التركة، ويترك ورثة، ثم يموت بعض ورثة الميت الثانى قبل القسمة، ويترك ورثة، والحكم فيه أنه إن كان فى ورثة الميت الثانى من كان ورثة الميت الأول، ولا تغير فى القسمة تقسم قسمة واحدة؛ لأنه لا فائدة فى التكرار. مثاله: إذا مات الرجل، وترك بنين وبنات، ثم مات أحد الابنين أو إحدى البنات، ولا وارث له سوى الإخوة والأخوات، فإن قسمة التركتين بين الباقيين على صفة واحدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان فى ورثة الثانى من لم يكن ورثة الميت الأول، فإنه يقسم تركة الميت الأول ليتعين نصيب الميت الثانى، ثم يقسم تركة الميت الثانى، فإن كان نصيبه من فريضة الميت الأول يستقيم على فريضة، فهذا مما يحتاج فيه إلى الضرب والتصحيح، مثاله: إذا ماتت المرأة عن زوج وابن وبنت، ثم مات الابن قبل القسمة عن ابنين، فالفريضة الأولى من أربعة للزوج الربع سهم، وللابن سهمان، وللبنت سهم، والفريضة الثانية من اثنين، ونصيب الميت الثانى من الميت الأول سهمان يستقيم نصيبه على فريضة.

مثال آخر: إذا ماتت امرأة، وتركت زوجًا وبنتًا وعصبة، ثم ماتت الابنة قبل القسمة، وتركت زوجًا وعصبة، فالفريضة الأولى من أربعة للزوج الربع سهم، وللابنة النصف سهمان، والباقى للعصبة، والفريضة الثانية من اثنين للزوج النصف، والباقى للعصبة، ونصيب الميت الثانى من الميت الأول اثنان، فيستقيم نصيبها على فريضتها، وكذلك ينظر إلى نصيب الميت الثالث من الميت الأول والثانى، إن كان يستقيم على فريضة لا يحتاج فيه إلى ضرب وتصحيح، وإن كان لا يستقيم نصيب الميت الثانى على فريضة، فإن كان بين فريضة ونصيبه من الميت الأول موافقة، فاضرب وفق فريضة فى فريضة الميت الأول، فما اجتمع صحت منه المسألة، مثاله: إذا تركت المرأة زوجًا وبنت

وعصبة ، ثم ماتت البنت ، وتركت زوجًا وبنتًا وعصبة ، فالفريضة الأولى من أربعة للزوج الربع سهم ، وللبنت سهمان ، والباقي للعصبة ، ونصيب الميت الثانى من الميت الأول سهمان لا يستقيمان على أربعة إلا أن بين نصيب الميت الثانى وبين فريضة موافقة بالنصف ، فيضرب وفق فريضة الميت الثانى وذلك اثنان فى فريضة الميت الأول ، وذلك أربعة ، فيصير ثمانية ، كان لزوج الميت الأول سهم من أربعة صار مضروبًا فى اثنين ، فيكون اثنين وذلك له ، وكان للبنت سهمان صارا مضروبين فى اثنين ، فيكون أربعة ، وإنه يستقيم على فرضيتها وما بقى ، وذلك سهمان ، فهو لعصبته الميت الأول ، وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من ورثة الميت الأول من التركتين ، فله طريقان : أحد الطريقين : أن يقال : كان له كذا من تركة الميت الأول ، وصار مضروبًا فى كذا ، كما قلنا فى هذه المسألة ، الطريق الثانى : أن تضرب ما أصابه من تركة الميت الأول فى الجزء الموافق من فريضة الميت الثانى ، بيان هذه المسألة : إذا أردنا معرفة نصيب الزوج أخذنا ما أصابه من الميت الأول ، وضربناه فى الجزء الموافق من فريضة الميت الثانى ، وذلك سهمان ، فيكون أربعة .

مثال آخر : إذا مات الرجل عن ابن وبنت ، ثم مات الابن قبل القسمة عن بنت ومرأة وثلاث بنى ابن ، فريضة الميت الأول من ثلاثة ، فقد مات الابن عن سهمين من ثلاثة ، وفريضة الابن من ثمانية للمرأة الثمن سهم ، وللابنة النصف أربعة ، ولابنى ابن الميت الثانى ثلاثة ، وقسمة سهمين على ثمانية ، ولكن بين ثمانية وبين سهمين موافقة بالنصف نضرب النصف من فريضة الميت الثانى ، وذلك أربعة فى فريضة الميت الأول ، فيصير اثنى عشر ، فمنه تصح المسألة ، وطريق معرفة نصيب كل واحد على ما ذكرنا فى المسألة الأولى ، فيقال : على الطريق الثانى كان للابن سهمان من فريضة الميت الأول ضربناه فى وفق فريضة الميت الثانى ، وذلك أربعة ، فصار ثمانية ، وإنه يستقيم على ورثته لابنته النصف أربعة ، ولامرأته الثمن سهم ، والباقى وذلك ثلاثة بين بنى الأب أثلاثًا لكل واحد سهم ، وكان لابن الميت الأول من فريضة الميت الأول سهم من ثلاثة ، صار مضروبًا فى أربعة ، فذلك أربعة ، فجملة ذلك اثنى عشر .

٢١١٧٨-وكذلك لو مات بعض ورثة الميت الثانى ونصيبه لا يستقيم على فريضة ، ولكن بين نصيبه وفريضة موافقة ، فاضرب وفق نصيبه فى الفرض التى قبلها ، فما اجتمع

فمنه تخرج المسألة [وإن لم يكن بين فريضة الميت الثانى وبين نصيب من الميت الأول موافقة، فاضرب كل فريضة الميت الثانى فى كل فريضة الميت الأول، فما اجتمع فمنه تخرج المسألة][1]، مثاله: إذا هلكت المرأة عن زوج وابن وبنت، ثم مات الابن قبل القسمة عن ابن وبنت، فنصيب الميت من فريضة الأول سهمان من أربعة، وفريضة الميت الثانى من ثلاثة، وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما، فضربنا كل فريضة الميت الثانى، وذلك ثلاثة فى كل فريضة الميت الأول، وذلك أربعة، فيصير اثنى عشر كان للزوج من فريضة الميت الأول سهم، فصار مضروبًا فى ثلاثة، فيكون ثلاثة، فيسلم للزوج ذلك، وكان للابن من فريضة الميت الأول سهمان، فصار مضروبين فى ثلاثة، فصارا ستة، وإنه يستقيم على فريضة الابن أربعة، وللبنت سهمان.

مثال آخر: إذا هلكت المرأة وتركت زوجًا وابنة وعصبة [ثم مات الزوج، وترك امرأة وبنتًا وعصبة][2]، ففريضة الميت الأول من أربعة للزوج الربع سهم، وللبنت النصف سهمان، والباقى للعصبة، وفريضة الميت الثانى ثمانية للمرأة الثمن سهم، وللبنت النصف أربعة، والباقى للعصبة، فنصيب الميت الثانى ثمانية، وذلك سهم لا يستقيم على فريضة ولا موافقة، فيضرب فريضته فى فريضة الميت الأول، فيصير اثنين وثلاثين، فمنه تخرج المسألة، كان لزوج الميت الأول من تركتها سهم، صار مضروبًا فى ثمانية، وإنها تستقيم على ورثته، وكان للميت من تركة الميت الأول سهمان ضربناهما فى ثمانية، فذلك ستة عشر، وإن شئت ضربت ما أصاب كل واحد منهم من تركة الميت الأول فى فريضة الميت الثانى ضربت نصيب الزوج، وذلك سهم فى ثمانية، فذلك ثمانية، وإنها تستقيم على فريضة، وكذلك إذا مات بعض ورثة الميت الثانى ونصيبه لا يستقيم على فريضته، ولا موافقة بين نصيبه وفريضته، فاضرب فريضته فى مبلغ الفرائض التى قبلها فما اجتمع فمنه تخرج المسألة.

٢١١٧٩- ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الفرائض: إذا مات الرجل عن ابنين، فلم يقسم ماله بين ورثته حتى مات أحد الابنين وترك بنتًا، وهذا الأخ، فلم يقسم حتى

---

(١) زيد من ف وم.

(٢) زيد من م.

مات الابن، وترك ابنة وزوجًا وهذا العم، وخرج المسألة من ستة عشر، والوجه في ذلك أن نقول: بأن نضرب فريضة الميت الأول من اثنين، وفريضة الميت الثانى من اثنين أيضًا، فصار أربعة كان للميت الثانى من تركة الميت الأول سهم، وإنه لا يستقيم على فريضته ولا موافقة، فضربنا كل فريضة الميت الثانى، وذلك سهمان فى كل فريضة الميت الأول، وذلك سهمان أيضًا، فصارا أربعة كان للميت الثانى من تركة الميت الأول سهم، وقد صار مضروبًا فى سهمين، فذلك سهمان، وإنه يستقيم على ورثته للبنت سهم، وللأخ سهم، فحصل فى يد ابن الميت الأول، وهو أخ الميت الثانى من التركتين جميعًا ثلاثة، وفريضة الميت الثالث من أربعة، ونصيبه سهم، وإنه لا يستقيم على فريضته، ولا موافقة أيضًا، فضربنا فريضته، وذلك أربعة فى الفريضة المتقدمين، وذلك أربعة، فيصير ستة عشر كان لبنت الميت الثانى سهم مضروبًا فى أربعة، وإنه يستقيم على ورثتها للزوج سهم، وللابنة سهمان، وللعم سهم، وكان فى يد أخ الميت الثانى، وهو عم الميت الثالث ثلاثة، فصارت مضروبة فى أربعة، فذلك اثنى عشر، فهو له، وله من الميت الثانى سهم، فصار ثلاثة عشر، ولزوج الميت الثالث سهم من أربعة، ولبنت الميت الثالث النصف سهمان، فاستقام التخريج، وهذا هو القياس يخرج[1] جنس هذه المسائل.

وبعض مشايخنا خرجوا هذه المسألة من أربعة وعشرين، ووجه ذلك أن فريضة الميت الأول من سهمين، وإنما مات أحد الابنين من سهم، وفريضته من سهمين أيضًا للابنة النصف، والباقى للأخ، وقسمة سهم على سهمين لا يستقيم، فيضرب سهمين فى سهمين، فيصير أربعة، ثم ماتت الابنة عن زوج وأم وعم، فيكون فريضتها من ستة للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث سهمان والباقى، وذلك سهم للعم، ونصيب الابنة من الميت الثانى سهم، وقسمة سهم على ستة لا يستقيم، ولا موافقة، فيضرب فريضة الابنة، وذلك ستة فى الفريضة المتقدمة، وذلك أربعة، فيكون أربعة وعشرين، فمنه تصح المسألة نصيب كل واحد من ابنى الميت الأول اثنا عشر، فإنما مات أحد ابنى الميت الأول من اثنا عشر، وإنه يستقيم على فريضة لابنته ستة، ولأخته ستة، فحصل فى يد الباقى من ابنى الميت الأول من تركة الميت الأول اثنى عشر، ومن تركة أخيه ستة، فجملته ثمانية، وحصل فى يد ابنة الميت الثانى من تركة ابنه ستة، فإنما ماتت الابنة عن

---

(١) وفى م: "مخرج".

ستة، وفريضتها يستقيم، للزوج وثلاثة، وللأم سهمان، وللعم ما بقى، وذلك سهم.

٢١١٨٠- رجل مات، وترك ابنين وأبوين، فمات أحد الابنين [عن ابنة ومن تركة الميت الأول وهو أخ وجد وجدة، فنقول: فريضة الميت الأول من ستة للأبوين السدسان والباقى وهو أربعة بين الابنين، ثم مات أحد الابنين][1] عن سهمين، وخلف بنتًا وجدًا وجدة وأخًا، فالفريضة من ستة للابنة النصف ثلاثة وللجدة السدس سهم والباقى، وهو سهمان بين الجد والأخ بالمقاسمة نصفين فى قول زيد، وقسمة السهمين على ستة لا يستقيم، ولكن بينهما موافقة بالنصف، فيختصر على النصف وهو ثلاث، ثم يضرب بالفريضة الأولى، وذلك ستة فى ثلاثة، فيكون ثمانية عشر، منه تصح المسألة، ومعرفة نصيب ابنة أن تضرب نفسها وهو ثلاثة، ثم تضرب الفريضة الأولى، وذلك ستة فى ثلاثة، فيكون ثمانية عشر منه تصح المسألة، ومعرفة نصيب الميت الثانى أن يأخذ نصيبه من تركة الميت الأول، وذلك سهمان تضربه فى الجزء الموافق من فريضته، وذلك ثلاثة، فيكون ستة، ومعرفة نصيب ابنته أن تضرب نصيبها، وهو ثلاثة فى الجزء الموافق من نصيب الميت الثانى، وذلك سهم، فيكون ذلك ثلاثة، فهى لها وللجدة سهم، والباقى بين الجد والأخ بالمقاسمة نصفان.

٢١١٨١- رجل مات، وترك امرأة وابنتين له منها وأبوين، فماتت إحدى الابنتين عن زوج، ومن تركة الميت الأول وهو جدها أب أبيها وجدتها أم الأب وأمها وأختها لأب وأم، ففريضة الميت الأول أصله من أربعة وعشرين وقسمته من سبعة وعشرين ثم مات إحدى الابنتين عن ثمانية أسهم، وإنما يستقيم فريضتها من ستة فى الأصل للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث سهمان، وللجد السدس سهم، وللأخت النصف ثلاثة تعول بثلاثة، فيكون من تسعة، ثم ما أصاب الجد والأخت يقسم بينهما أثلاثًا، فيضرب تسعة فى ثلاثة، فيكون سبعة وعشرين منه تصح المسألة، ولا موافقة بين سبعة وعشرين وثمانية فى شىء، فالسبيل أن يضرب الفريضة الأولى فى الفريضة الثانية، فتصح المسألة، والطريق فى التخريج ما بينا.

٢١١٨٢- رجل مات، وترك امرأة وأبوين وثلاث أخوات متفرقات، فلم يقسم

---

(١) زيد من ف وم.

تركته حتى ماتت الأم، وخلفت من خلف الميت الأول، فلم يقسم التركة حتى مات الأب وخلف امرأة، ومن خلف الميت الأول، فلم يقسم التركة حتى ماتت الأخت لأم وأب، وخلفت زوجًا، ومن خلفه الأولون، فلم يقسم التركة حتى ماتت الأخت لأب، وخلفت زوجًا وابنين، ومن خلفه الأولون، فلم يقسم التركة حتى ماتت الأخت لأم وثلاث بنات وأبوين يقول قوله: خلفت الأخت لأم زوجًا وثلاث بنات وأبوين غلط وقع من المكاتب؛ لأنه ذكر في وضع المسألة: أن الأم ماتت كيف يستقيم قوله: بعد ذلك خلفت أبوين، وإنما الصحيح خلفت زوجًا وأبًا وثلاث بنات، ثم وجه التخريج أن فريضة الميت الأول من اثنى عشر سهمًا للمرأة الربع ثلاثة، وللأم السدس سهمان، والباقي وهو سبعة أسهم للأب، ولا شيء للأخوات، ثم إن الأم ماتت عن زوج وابنتين، فإن الأخت لأب وأم والأخت لأم ابنتاها، فلهما الثلثان وللزوج الربع أصله من اثنى عشر إلا أن بين نصيبها وهو سهمان وبين سهام فريضتها موافقة بالنصف، فيختصر على النصف وهو ستة، ثم يضرب اثنى عشر في ستة، فيكون اثنين وسبعين، كان لها سهمان ضربناهما في ستة، فيكون اثنى عشر للزوج ثلاثة، وكان له من الفريضة الأولى سبعة ضربناها في ستة، فيكون اثنين وأربعين، فحصل له من التركتين خمسة وأربعون، ثم مات الأب عن امرأة وابنتين وهما الأخت لأب وأم والأخت لأب، فيكون فريضته من أربعة وعشرين للمرأة الثمن ثلاثة، وللابنتين الثلثان ستة عشر وقسمة خمسة وأربعين على أربعة وعشرين لا يستقيم، ولكن بينهما موافقة بالثلث، فنختصر على الثلث وهو ثمانية، ثم يضرب اثنان وسبعون في ثمانية، فيكون خمسمائة وستة وسبعين، وهكذا يعتبر في تركة كل ميت، فيعتبر الاختصار والضرب إلى أن ينتهى في الحساب إلى تسعة وثلاثين ألفًا وثلاثمائة واثنى عشر، فمن ذلك يصح المسألة إذا تأملت، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم-.

الفصل الثلاثون
فى ذوى الأرحام

٢١١٨٣- قال عامة أصحاب رسول الله ﷺ: ذوو الأرحام يرث بعضهم من البعض، وإنهم مؤخرون عن أصحاب الفرائض والعصبات لا يرثون مع أحد منهم إلا مع الزوج والزوجة، فإنهما يأخذان حصتهما، والباقى لذوى الأرحام، قال زيد بن ثابت رضى الله عنه: لا ميراث لذوى الأرحام، ويوضع المال فى بيت المال، وعلماءنا أخذوا بقول عامة الصحابة رضى الله عنه وذوى الأرحام من لا فرض له ولا تعصيب له من الأقرباء، والحكم فيهم إذا انفرد واحد منهم يستحق جميع المال، وهذا لأن ذوى الأرحام يرثون على سبيل التعصيب من وجه؛ لأنهم يرثون بالقرابة من الميت، وليس لهم سهم مقدر، والعصبة من كل وجه ذكر يد لى إلى الميت بعصبة ذكر، ولا يكون له سهم مقدر، ففى حق ذوى الأرحام إن لم يوجد الذكورة الأولى إلى الميت بعصبة ذكر وجد المعنى الآخر، وهو أنه قريب ليس له سهم مقدر، فكانوا عصبة من وجه، فهو معنى قولنا: إن ذوى الأرحام يرثون بالتعصيب من وجه، فيعتبر بمن يرث بالتعصيب من كل وجه، وإنه يستحق جميع المال إذا انفرد، فكذا ههنا.

فهم فى الحاصل أصناف: صنف ينتهى إلى الميت وهو الساقط من ولد الولد، وإنما اعتبرنا الساقط؛ لأن ولد الولد على ضربين: ثابت: وهو من جملة أصحاب الفرائض وهو بنت الابن أو هو من جملة العصبات، وهو ابن الابن. وساقط: وهو داخل فى جملة ذوى الأرحام وهو ولد البنت ذكرًا كان أو أنثى. وصنف ينتهى إلى أبوى الميت كبنات الإخوة لأب وأم أو لأب وأولاد الإخوة لأم وأولاد الأخوات كلها، وصنف ينتهى إلى جد الميت كالأعمام لأم وأولادهم والعمات وأولادهن والأخوال والخالات وأولادهم وبنات الأعمام لأب وأم أو لأب، وصنف ينتهى إلى أبوى جد الميت، وهم أعمام الأب والأم وعماته وأخواله وخالاته وأعمام لأم كلهم، وعماتها وأخوالها وخالاتها وأولادهم، وأولاهم بالميراث الصنف الأول، وإن كان أبعد حتى إنه إذا ترك

أب الأم، وولد بنت الابنة كان الميراث لولد ابنة الابنة، ولا شيء للجد، هكذا روى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وروى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: أن أب الأم مقدم على ولد الابن، قال شيخ الإسلام: رواية محمد رحمه الله هو الرواية المشهورة عنه، وبعض المشايخ قالوا: رواية أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله ظاهر مذهب أبي حنيفة رحمه الله، وكان أبو عبد الله الفرائضي رحمه الله يقول: ما روى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله قوله أولا، وما رواه أبو يوسف رحمه الله قوله آخراً.

أما الكلام في الصنف الأول: فقال مشايخنا: إذا سئل الرجل عمن مات عن ابنة بنت فإن شاء قال: لابنة الابنة النصف بالفرض والباقي رد عليها، وإن شاء قال: المال كله لبنت البنت، ومحمد رحمه الله ذكر في الكتاب كلا العبارتين، فإنه قال في أول باب ذوي الأرحام: كان أبو حنيفة رحمه الله ينزل ذا الرحم منزلة الرحم الذي يدلي بها إلى الميت كأنه هو، فلو كانت الابنة التي يدلي بها إلى الميت حيّا لكان يقال: لها النصف بالفرض، والباقي رد عليهما بالرحم، وذكر في أثناء المسائل: إذا مات الرجل، وترك ابنة ابنة، فلها جميع المال، ثم الأصل في هذا الصنف أن أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت حتى كان بنت البنت أولى من بنت بنت البنت، وهذا لما ذكرنا أن ذوي الأرحام يرثون على سبيل التعصيب من وجه، فيعتبرون بمن يرث بالتعصيب من كل وجه، وفي ذلك يعتبر الأقرب كذلك ههنا، فإن استووا في القرب فمن كان ولد الوارث، فهو أولى، وعنى بولد الوارث ههنا أن يكون ولد صاحب فريضة حتى إنه إذا ترك بنت بنت بنت وبنت بنت ابن، فالمال لبنت بنت الابن؛ لأن أمها وارثة، وكذلك إذا ترك ابن بنت بنت وابن بنت ابن، فالمال لابن بنت الابن، وكذلك إذا ترك ابن ابن بنت وبنت بنت ابن، فالحال لبنت بنت الابن؛ لما ذكرنا، ولو كان أحدهما أقرب، والآخر ولد الوارث، فولد الوارث لا يكون أولى حتى إنه إذا ترك بنت بنت البنت، وبنت بنت ابن الابن كانت بنت بنت البنت أولى لكونها أقرب.

فإن استووا في القرب، وليس فيهم ولد الوارث، فالمال يقسم بينهم بالسوية إن كانوا ذكوراً كلهم أو إناثًا كلهن، وإن كانوا مختلفين، فللذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا بلا خلاف إذا اتفقت صفة الأصول في الذكورة والأنوثة أعني بالأصول الآباء والأمهات

اتفقت صفة أبدان الفروع في الذكورة والأنوثة، واختلفت، فإن اختلفت صفة الأصول، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله : يعتبر أبدان الفروع، ويقسم المال بينهم بالسوية إن كانوا ذكورًا كلهم أو إناثًا كلهن، وإن كانوا مختلفين، فللذكر مثل حظ الأنثيين، وعلى قول محمد رحمه الله : يعتبر أول بطن يختلف، ثم يقسم المال عليه للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم ما أصاب كل بطن، فهو لولده، وكان أبو يوسف رحمه الله يقول : أولا كما قاله محمد رحمه الله، ثم رجع عنه، وقال : بما ذكرنا، قال شيخ الإسلام خواهر زاده وعامة مشايخنا : يجعلون قول أبي حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه الله وغيره من المشايخ قالوا : عن أبي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان.

بيان هذا من المسائل:

٢١١٨٤- إذا ترك بنت بنت وابن بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثين واعتبر أبدانهما[١] ؛ لأن الآباء لم يختلف، واختلفت الأبدان، وهذا بلا خلاف، وكذلك إذا ترك ابن ابن بنت بنت وابنة ابن بنت بنت، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأن الآباء لم يختلف، واختلفت الفروع والأبدان، وهذا بلا خلاف، فيعتبر الفروع، ولو ترك بنت بنت بنت وبنت ابن بنت، فعند أبي يوسف رحمه الله : المال بينهما نصفان اعتبارًا بأبدانهما، وعند محمد رحمه الله : يقسم المال بينهما أثلاثًا ثلثاه لبنت ابن البنت، وثلثه لبنت بنت البنت اعتبارًا لأصولهما، كأنه مات عن ابن بنت وعن بنت بنت، ثم ما أصاب ابن البنت فلولده، وما أصاب بنت البنت فلولدها.

٢١١٨٥- ولو ترك ولدى ابنة بنت وبنت ابن بنت، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله : يقسم المال بينهم باعتبار أبدانهم على أربعة أسهم سهم لبنت ابن البنت، وثلاثة أسهم لولدى ابنة البنت، وثلاثة أسهم لولدى ابنة البنت، سهمان للابن، وسهم للابنة، وعلى قول محمد رحمه الله : القسمة باعتبار الآباء يجعل كأنه مات عن بنتى بنت وعن ابن بنت، فيقسم المال بينهم أرباعًا سهمان لبنت ابن البنت وسهمان لولدى بنت البنت، ثم ما أصاب ولدى البنت بينهما على ثلاثة لا يستقيم، فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة،

(١) هكذا في م وف، وكان في الأصل "بذاتهما".

وذلك أربعة، فيصير اثنى عشر، فمنها تخرج المسألة، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل، ومشايخ بخارى أخذوا بقول أبى يوسف رحمه الله فى جنس هذه المسألة - والله أعلم-.

ومما يتصل بهذا الفصل

بيان ميراث من له قرابتان من أولاد البنات:

٢١١٨٦- اعلم بأنه قد يجتمع للواحد من أولاد البنات قرابتان، صورة هذا: أن يكون لرجل ابنتين لإحدى ابنتيه ابنة، وللأخرى ابن، فزوج ابن الابنة ابنة الابنة، فحدث بينهما ابنة، ثم مات الرجل الذى له ابنتان، وترك هذه، فهذه بنت بنت بنت الرجل، وهى أيضًا ابنة ابن ابنته، فكان لها قرابتان، وللرجل بنت بنت بنت أخرى لها قرابة واحدة، ذكر شيخ الإسلام فى شرحه أن على قول أبى يوسف رحمه الله: القسمة على الأبدان لا على الآباء وبدنهما متفق، فإن كان كل واحدة منهما اثنى، فيكون المال بينهما نصفان، وكان لا يورث التى لها قرابتان من وجهين، ولا يرجحها على الأخرى.

وكان يجب أن يرجح ذو قرابتين على الأخرى كأخوين أحدهما لأب وأم، والآخر لأب كان المال كله للأخ لأب وأم؛ لأنه ذو قرابتين من جنس واحدة، وتوريثها من وجهين أنه لم يترجح على التى لها قرابة واحدة، كما قالوا: فى ابنى عم أحدهما أخ لأم يورث الذى له قرابتان من وجهين، السدس بالفرض لقرابة الأم، والباقى بينهما نصفان لقرابة الأب، وههنا لم يترجح ذو قرابتين على التى لها قرابة واحدة، ولا ورثها من وجهين لقرابتين إلا أن الجواب عنه أن الترجيح متعذر، والتوريث من وجهين متعذر.

أما ترجيح ذى قرابتين على التى لها قرابة واحدة متعذر، وذلك لأن الترجيح إنما يقع بالزيادة من جنس العلة إذا كانت الزيادة لا يصلح علة بنفسه، كما فى أخوين لأب وأم، والآخر لأب اعتبر قرابة الأم ترجيحًا؛ لأن الجنس واحد، فإن الكل قرابة إخوة، وقرابة الأم لو انفردت، لم يصلح سببًا للتعصيب بحال، فاعتبر ترجيحًا فى العصوبة، وأما إذا كانت من جنس العلة، وهو بحيث لو انفردت، صلح علة بنفسها، فإنه لا يصلح للترجيح كعدد الجراحات فى باب القتل، وكزيادة ملك النصيب فى باب الشفعة، وكما

لو ترك ابنى عم أحدهما معتقه، فإنه لا يرجح ابن العم الذى هو مولى على الآخر؛ لأن الولاء سبب للتعصيب [لو انفردت كالعمومة، وههنا كل واحد من القرابتين لو انفردت كان سببًا للتعصيب][(١)]، فإن بنت ابن كان من جملة ذوى الأرحام، وذو الأرحام يستحق الميراث بالعصوبة والقرابة الأخرى كذلك أيضًا لو انفردت، فإنه يرث، فتعذر اعتبار الترجيح، ويتعذر التوريث من وجهين؛ لأن شرط التوريث من وجهين: أن يكون إحدى القرابتين سبب فرض، والأخرى سبب تعصيب كما فى ابنى عم أحدهما أخ لأم، فإن التوريث بالقرابة من وكل واحد منهما سبب تعصيب غير مشروع، وإذا تعذر اعتبار الترجيح، وتعذر التوريث من وجهين، سقطت إحدى القرابتين، فصار كأن كل واحد منهما ذو قرابة واحدة، وبدنهما متفق، فلهذا كان المال بينهما نصفان.

وعند محمد رحمه الله: يقسم على الآباء، ويورث من جهتين باعتبار الآباء، فيقال: بأن التى لها قرابة واحدة سهم؛ لأن أباها أنثى، والتى لها قرابتان: سهم من أجل أن أباها أنثى، وسهمان من أجل أن أباها ذكر، فصار المال بينهما عى أربعة ثلاثة أسهم للتى لها قرابتان، وسهم للتى لها قرابة واحدة، ثم ما حصل للتى لها قرابتان من ثلاثة أسهم سهمان يسلم لها بلا منازعة، وهو ما وصل إليها من جهة أبيها الذكر لتفردها بذلك، والسهم الذى وصل إليها من جهة أبيها الأنثى يضم إلى ما فى يدى التى لها قرابة واحدة لاتفاق أبيها فى الأنوثة، فيصير سهمين، فيكون بينهما نصفين باعتبار أبدانهما.

فإن ترك بنت بنت بنت وهى بنت ابن بنت، وترك أيضًا ابن بنت بنت، أما عند أبى يوسف رحمه الله: فالقسمة على الأبدان، وأحدهما ذكر، والآخر أنثى، وقد استويا فى الدرجة، فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين على ثلاثة، وأما عند محمد رحمه الله يقسم المال على الآباء ثم على الأبدان، فيقال: للذى له قرابة واحدة وهو ابن بنت بنت سهم؛ لأن أباه أنثى وللذى له قرابتان وهى بنت بنت بنت وابنة ابن بنت ثلاثة أسهم سهم من أجل أن أباها أنثى وسهمان من أجل أن أباها ذكر، فصار المال بينهما على أربعة ثلاثة أسهم للتى لها قرابتان، وسهم للذى لها قرابة واحدة، ثم ما حصل للتى لها قرابتان وهى ثلاثة أسهم سهمان يسلم لها بلا منازعة وهو ما وصل إليها من جهة أبيها الذكر وما

---

(١) زيد من ف وم.

وصل إليها من جهة أبيها الأنثى، وذلك سهم لا يسلم لها، بل يضم إلى ما في يدى الذى لها قرابة واحدة وهو سهم، فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين على ثلاثة لاتفاق آباءهما فى هذين السهمين، واختلاف أبدانهما وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم، ولا موافقة بينهما فى شيء، فاضرب أصل الفريضة، وذلك أربعة فى ثلاثة، فصار اثنى عشر هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة، كان للتى لها قرابتان سهمان بلا منازعة ضربناهما فى ثلاثة، فصار لها ستة، والذى لم يكن يستقيم بينهما مع المنازعة سهمان ضربناهما فى ثلاثة، فصار ستة بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان التى لها قرابتان ثلثها، وذلك سهمان؛ لأنها أنثى، وأربعة للتى لها قرابة واحدة؛ لأنه ذكر، فحصل للتى لها قرابتان ثمانية ستة بلا منازعة، وسهمان مع المنازعة، وحصل للتى لها قرابة واحدة أربعة مع المنازعة.

٢١١٨٧-وهذا الذى ذكرنا إذا كان لها قرابتان أنثى، والتى لها قرابة واحدة ذكراً، فأما إذا كان ذو قرابتين ذكراً، والتى لها قرابة واحدة أنثى، فأما عند أبى يوسف رحمه الله: فالمال بينهم أثلاثاً باعتبار الأبدان، فللتى لها قرابتان سهمان؛ لأنه ذكر، واللتى لها قرابة واحدة سهم؛ لأنها أنثى، فأما عند محمد رحمه الله: فالقسمة باعتبار الاباء، ثم باعتبار الأبدان، فيقال للذى له قرابتان: ثلاثة أسهم سهمان؛ لأن أباه ذكر، وسهم؛ لأن أباه أنثى، وللتى لها قرابة واحدة سهم واحد؛ لأن أباها أنثى، فحصل للذى له قرابتان ثلاثة أسهم، فما وصل إلى ذى قرابتين من جهة الذكر، وذلك سهمان يسلم له لتفرده بذلك، وما وصل إليه من جهة أبيه الأنثى، وذلك سهم يضم إلى ما فى يدى الأخرى، وفى يدها سهم، فيكون بينهما باعتبار الأبدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الأنثيين لاتفاق آباءهما، واختلاف أبدانهما وقسمة سهمين على ثلاثة لايستقيم، ولا موافقة بينهما، فاضرب أصل الفريضة، وذلك أربعة فى ثلاثة، فيصير اثنى عشر هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة، كان للذى له قرابتان سهمان بلا منازعة ضربناهما فى ثلاثة، فصارت له بلا منازعة ستة، وكان للذى لا يستقيم بينهما مع المنازعة على ثلاثة سهمان ضربناهما فى ثلاثة، فصارت ستة بينهما للذكرمثل حظ الأنثيين، أربعة للذى له قرابتان؛ لأنه ذكر، وسهمان للتى لها قرابة واحدة؛ لأنها أنثى، فحصل للذى له قرابتان عشرة أسهم ستة بلا منازعة، وأربعة مع المنازعة، وحصل للتى لها قرابة واحدة سهمان مع المنازعة.

فإن ترك ابن بنت بنت، وهو أيضًا ابن ابن بنت بأن كان الحادث من ولدى الخالتين ذكرًا، وترك أيضًا بنت بنت بنت أخرى، عند أبى يوسف رحمه الله المال بينهما أثلاثًا للذى له قرابتان سهمان؛ لأنه ذكر، والتى لها قرابة واحدة سهم؛ لأنها أنثى، وعند محمد رحمه الله : المال بينهم أرباعًا للذى له قرابتان سهم من أجل أن أباه أنثى، وسهمان من أجل أن أباه ذكر، وللتى لها قرابة واحدة سهم؛ لأن أباها أنثى، فيكون المال بينهما أرباعًا ثلاثة أسهم للذى له قرابتان، وسهم للتى لها قرابة واحدة، ثم ما وصل إلى الذى له قرابتان من ثلاثة أسهم سهمان سالم له بلا منازعة، وهو ما وصل إليه من جهة أبيه؛ لأنه ذكر لتفرده بذلك، وما بقى وذلك سهم واحد يضم إلى ما فى يدى التى لها قرابة واحدة، وذلك سهم واحد، فيصير سهمين يقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين لاتفاق آباءهما فى هذين السهمين، واختلاف أبدانهما على ثلاثة، وإنه لا يستقيم، فاضرب أصل الفريضة فى ثلاثة، فيصير اثنى عشر، فهذا جميع المال منه تخرج المسألة، وباقى العبارة إلى آخرها على ما ذكرنا.

فإن ترك بنت بنت بنت وهى بنت ابن بنت، وترك أيضًا ابن ابن بنت له قرابة واحدة، عند أبى يوسف رحمه الله : يقسم المال بينهما أثلاثًا للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان، وعند محمد رحمه الله : يقسم المال بينهما أخماسًا للتى لها قرابتان سهم من أجل أن أباه ذكر، وسلم للتى لها قرابتان سهم من أجل أن أباها أنثى لتفردها بذلك، وبقى فى أيديهما جميعًا أربعة مقسومة بينهما على الأبدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الأنثيين لاتفاق آباءهما فى السهمين فى الذكورة، واختلاف أبدانهما وقسمة أربعة على ثلاثة لا يستقيم، فيضرب أصل الفريضة وهى خمسة فى ثلاثة، فصار خمسة عشر كان للتى لها قرابتان سهم بلا منازعة مضروب فى ثلاثة، فصار لها ثلاثة، وهو الذى كان لا يستقيم بينهما مع المنازعة، وذلك أربعة مضروب فى ثلاثة، فصار اثنى عشر سهمًا على ثلاثة، ثلثاه وذلك ثمانية مع المنازعة لابن ابن بنت، وللتى لها قرابتان أربعة، فحصل للتى لها قرابتان سبعة ثلاثة بلا منازعة وأربعة مع المنازعة، وحصل للذى له قرابة واحدة ثمانية مع المنازعة، وإذا اجتمعت ذلك كله يصير خمسة عشر، كما كان هذا هو جميع المال، فإن كان التى لها قرابتان ذكرًا، والتى لها قرابة واحدة أنثى، عند أبى يوسف رحمه الله المال بينهما أثلاثًا للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان، وعند محمد رحمه الله :

المال بينهما على خمسة للتى لها قرابة واحدة سهمان ؛ لأن أباها ذكر ، والذى له قرابتان ثلاثة أسهم ، سهم من أجل أن أباه أنثى لتفرده بذلك ويبقى فى يده سهمان ذكر ، ثم يسلم له سهم من أجل أن أباه ذكر ، ثم يسلم له سهم من أجل أن أباه أنثى لتفرده بذلك ، ويبقى فى يده سهمان ، وفى يد أخته سهمان ، فصار أربعة بينهما أثلاثًا على الأبدان لاتفاق آباءهما فى ذلك واختلاف أبدانهما ، وقسمة أربعة على ثلاثة لا يستقيم ، فيضرب أحد الفريضة ، وهى خمسة فى ثلاثة ، فصار خمسة عشر ، هذا جميع المال كان للذى له قرابتان سهم بلا منازعة ، ومضروب فى ثلاثة صار ثلاثة ، والذى لم يكن يستقيم مع المنازعة على ثلاثة أربعة مضروبة فى ثلاثة ، فصار اثنى عشر سهمًا على الأبدان على ثلاثة ، وإنه يستقيم للذى له قرابتان أحد عشر ثلاثة بلا منازعة وثمانية مع المنازعة ، وحصل للتى لها قرابة واحدة أربعة أسهم مع المنازعة ، فإذا اجتمعت بينهما يصير خمسة عشر .

فإن ترك بنت بنت بنت وهى بنت ابن بنت ، وترك أيضًا بنت بنت بنت ، وترك أيضًا بنت ابن بنت أخرى ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله : المال بينهن باعتبار الأبدان على ثلاثة أسهم ؛ لأن أبدانهن متفق ، فإن كلهم إناثًا ، وأما عند محمد رحمه الله : فالقسمة على الآباء ، ثم على الأبدان ، فيقال : لبنت بنت بنت التى لها قرابة واحدة سهم ؛ لأن أباها أنثى ، ولبنت ابن بنت التى لها قرابة واحدة سهمان ؛ لأن أباها ذكر ، وللتى لها قرابتان ثلاثة أسهم من وجهين : سهم من أجل أن أباها أنثى ، وسهمان من أجل أن أباها ذكر ، فيكون المال على ستة باعتبار الآباء ، ثم الأبدان متفق ، ولا يجىء قسمة أخرى باعتبار الأبدان .

هذه الجملة على هذا الترتيب أوردها شيخ الإسلام فى شرحه ، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى فى شرحه قول محمد رحمه الله على نحو ما ذكره شيخ الإسلام ، وذكر اختلافًا على قول أبى يوسف رحمه الله فقال : قال الفرضيون من أهل العراق : لا يرث هذه إلا بجهة واحدة ؛ لأن الجهة قد اتحدت وهى الولاد ، فهو نظير الجدات على قوله : وقد ذكرنا من مذهبه أن الجدة من جهتين والجدة من جهة واحدة سواء ، فهذا بناء على ذلك ، وقال الفرضيون من أهل ماوراء النهر -وهو اختيار القاضى الإمام رحمه الله على قول أبى يوسف رحمه الله- : يقسم المال فى المسألة الأولى من هذا

الفصل بينهما أثلاثًا ، ثلثا المال للتى لها قرابتان ؛ لأنها فى معنى شخصين ، فكأنه ترك بنت بنت وبنت ابن بنت وبنت بنت أخرى ، وعند محمد رحمه الله القسمة على الآباء ، فيكون ثلاثة أرباع المال للتى لها قرابتان ، وربعه للتى لها قرابة واحدة بمنزلة ما لو ترك ابن بنت وبنت بنت أخرى .

فإن كان مع التى لها قرابتان ابن بنت بنت ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله على ما اختاره الإمام القاضى : يقسم المال بينهما نصفان ؛ لأنه يعتبر الأبدان ، والتى لها قرابتان بمنزلة ابنتين ، فيكون المال على أربعة ، لكل ذكر سهمان ، ولكل أنثى سهم ، وإن كان مع التى لها قرابتان بنت بنت بنت وابن بنت بنت ، فعند أبى يوسف رحمه الله : القسمة على الأبدان ، فيكون المال بينهما أخماسًا للتى لها قرابتان سهمان ، وللابنة الأخرى سهم ، وعند محمد رحمه الله : القسمة على الآباء فى الابتداء أخماسًا للتى لها قرابتان ثلاثة أخماس المال خمس باعتبار قرابة الأم ، وخمسان باعتبار قرابة الأب ، ، ثم ما أخذت باعتبار قرابة الأب يسلم لها ، وما أخذت باعتبار قرابة الأم يضمه إلى ما فى يد الآخرين ، فيكون بينهم على أبدانهم أرباعًا لاستواء الآباء ، فيضرب خمسة فى أربعة ، فيكون عشرين لها باعتبار قرابة الأب ثمانية ، وباعتبار قرابة الأم ربع الباقى وهو ثلاثة ، فيكون لها أحد عشر ، فللابن ستة وللبنت الأخرى ثلاثة .

ويعد الصنف الأول على قول أبى حنيفة رحمه الله الآخر ، كما ذهب إليه أبو عبد الله الفرائضى أى الأصناف أولى ، قال أبو حنيفة : الأجداد والجدات أولى ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله : أولاد الأخوات وبنات الإخوة أولى ، قالا : لأن أولاد الأخوات أولاد صاحبات الفرض ، وبنات الإخوة أولاد عصبة ، والجد أب الأم ولد أب أب الأم ليس بعصبة ، ولاصاحب فرض ، فالجد أب الأم ليس بعصبة ولا صاحب فرض ولا ولد عصبة ، وفى ذوى الأرحام متى استوت الأقوام يقدم ولد العصبة ، وولد ذوى السهم على من ليس بولد عصبة ، ولا ولد ذى سهم ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : ذوو الرحام يرثون على سبيل التعصيب من وجه ، فيعتبر بمن يرث على سبيل التعصيب من كل وجه ، وفى العصبات من كل وجه الجد أب الأب مقدم على أولاد أبيه عند أبى حنيفة رحمه الله حتى إن الإخوة لأب لا يرث مع أب الأب عند أبى حنيفة رحمه الله ، فكذا فى ذوى الأرحام للجد أب الأم الذى هو فى درجة أب الأب ؛ لأنه يتصل إلى الميت تفرعة

كأب الأب يصير مقدمًا على أولاد الإخوة، فتصير هذه المسألة على قوله: فرع تلك المسألة.

فأما الكلام في الأجداد الفاسدة والجدات الفاسدة فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت، فإن استووا في القرب، فعلى قول أبي سهل الفرائضي وجماعة المشايخ: من يدلي إلى الميت بوارث، فهو أولى، وقال أبو سليمان الجوزجاني: من يدلي إلى الميت بوارث ليس بأولى، بيانه إذا هلك الرجل، وترك أب أم الأب وأب أب الأم، فعلى قول أبي سهل: أب أم الأب أولى، ولا شيء لأب أب الأم، ؛ لأن أب أم الأب يدلي إلى الميت بالوارث، وأب أب الأم لايدلي إلى الميت بالوارث، وعلى قول أبي سليمان الجوزجاني: ثلثا المال لأب أم الأب والثلث لأب أب الأم، وكذلك إذا ترك أب أب الأم، فعلى قول أبي سهل: لا شيء لأب أب الأم والمال لأب أم الأم، وعلى قول أبي سليمان: المال بينهما أثلاثًا، ولو ترك أب أم الأب وأب أم الأم، ففي هذه الصورة يقسم بينهما نصفان بلا خلاف بين أبي سهل وبين أبي سليمان، فإن كل واحد منهما يدلي إلى الميت بالوارث.

وذكر محمد رحمه الله في فرائض الأصل هذه المسألة وهو ما إذا ترك أب أم الأب وأب أم الأم، وذكر أن المال يقسم بينهما أثلاثًا، ثلثان لأب أم الأب وثلثه لأب أم الأم، قال القاضي الإمام عبد الواحد الشهيد: وهذا قياس قول محمد رحمه الله، أما على قياس قول أبي يوسف رحمه الله: فينبغي أن يكون بينهما نصفين؛ لأن أم الأم مع أم الأب إذا اجتمعا استويا بلا خلاف، فمن يدلي بهما إلى الميت لا يفضل أحدهما على الآخر، ألا ترى أن ابن الأخ لأم مع بنت الأخت لأم لا يفضل أحدهما على الآخر لما كان لا يفضل الأخ لأم على الأخت لأم؛ لأنه يعتبر الأبدان وكل واحد منهما أب.

ولو ترك أم أب الأم وأب أب الأم، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنهما يدليان إلى الميت بقرابة الأم، فيقسم عليهما باعتبار أبدانهما بلا خلاف كعمة الأم وعمها وخالة الأم وخالها على ما يأتي بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى-.

وإن ترك أب أم أب الأم وأب أم الأب فعلى قول أبي سهل أب أم أب الأب أولى؛ لأنه أقرب إلى الوارث، وبه كان يفتي القاضي الإمام الشهيد عبد الواحد، وعلى قول

أبى سليمان الجوزجانى المال بينهما أثلاثًا، ثلثاه للذى من قبل الأم وثلثه للذى من قبل الأم، وإذا كان لأب الميت جد من قبل الأب أم أب الأب وجد من قبل الأم أب أم أب أم أب أب ولأمه، كذلك يقسم المال بينهما أثلاثًا ثلثاه لجديه من قبل الأب، وثلثه لجديه من قبل الأم، ثم ما أصاب جدى الأب يقسم بينهما أثلاثًا، ثلثاه لجده من قبل الأب، وثلثه لجده من قبل الأم، وما أصاب جدى الأم يقسم بينهما أثلاثًا ثلثاه لجده من قبل الأب، وثلثه لجده من قبل الأم، وهذه المسألة تدل على أن من يدلى إلى الميت بالوارث لا يكون أولى، فإن أب أم أب الأب يدلى الى الميت بالوارث، ومع هذا لم يمكن أولى.

وأما الكلام فى أولا د الأخوات وبنات الإخوة أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت، فإن استووا فى القرب، فمن كان منهم ولد الوارث، فهو أولى عند بعض المشايخ، ومثاله : بنت بنت ابن أخ وبنت بنت أخ، فعند بعض المشايخ : بنت بنت ابن الأخ أولى، وإن استووا فى القرب، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر : يقسم المال بينهما باعتبار الأبدان، وعلى قول محمد رحمه الله : يقسم بينهما باعتبار آباء، مثاله : بنت أخ وابن أخت، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله : الثلثان لابن الأخت والثلث لابنة الأخ، وعند محمد رحمه الله الثلثان لبنت الأخ والثلث لابن الأخت، كما لو ترك أخًا وأختًا.

فوجه قول محمد رحمه الله : إن ميراث ذوى الأرحام يعتبر بالأصول عند اختلاف الأصول، ويعتبر بالأبدان عند اتفاق الأصول، ألا ترى أنهم اتفقوا فى الخال والعمة أن للعمة الثلثان، وللخال الثلث، وكانت هذه القسمة باعتبار أصولها، وهو الأب والأم، وقالوا فى العمة والعم لأم : إن المال بينهما باعتبار الأبدان أثلاثًا؛ لأن الأصل متفق، وقالوا فى أولاد الإخوة والأخوات لأم : إنه لا يفضل الذكر على الأنثى كما لا يفضل فى الأصول، فيثبت أن ميراث ذوى الأرحام عند اختلاف الأصول باعتبار الأصول لا باعتبار الأبدان.

وأبو يوسف رحمه الله يقول : بأن المستحق هو الأولاد دون الأصول، فإن اتحدت جهة الاستحقاق يجب اعتبار الأبدان لاعتبار الأصول، ألا ترى أنهم قالوا فى أم الأم وأم الأب : إن السدس بينهما نصفان، ولم يقل : بأن أحدهما يدلى بقرابة الأب، والأخرى بقرابة الأم، فيكون الثلث بقرابة الأم، والثلثان بقرابة الأب؛ لأنه اتحدت جهة

الاستحقاق، وهو كونها جدة بخلاف العمة والخالة؛ لأن ثمة جهة الاستحقاق قد اختلفت، فإن العمومة والخوالة اختلفت فيها جهة الاستحقاق.

وإن استووا في القرب وليس فيهم ولد عصبة ولا ولد صاحب فرض، فالمال يقسم بينهم بالسوية إذا كانوا ذكوراً كلهم أو إناثًا كلهن، وإن كانوا مختلفين، وقد اتفقت الأصول، فللذكر مثل حظ الأنثيين وإن اختلفت الأصول فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله اعتبار الأبدان الفروع، وعند محمد رحمه الله يعتبر أول بطن يختلف على نحو ما ذكرنا في الصنف الأول، وإنه اجتمع أولاد الأخوات المتفرقات أو بنات الإخوة، فعند أبي يوسف رحمه الله: من كان لأب وأم، فهو أولى ممن كان لأب، ومن كان لأب، فهو أولى ممن كان لأم، وعند محمد رحمه الله: يعتبر الأصول، مثاله: إذا هلك الرجل، وترك بنت أخت لأب وأم وبنت أخت لأم، فعند أبي يوسف رحمه الله: المال كله لبنت الأخت لأب وأم، ولا شيء لبنت الأخت لأب ولا لبنت الأخت لأم، وعند محمد رحمه الله: خمس المال لبنت الأخت لأب، والخمس لبنت الأخت لأم، وثلاثة أخماسه لبنت الأخت لأب وأم فرضًا وردًّا كالأصول، وكذلك لو ترك بنت أخ لأب وأم وبنت أخ لأم، فعند أبي يوسف رحمه الله: المال كله لبنت الأخ لأب وأم، وعند محمد رحمه الله: سدس المال لبنت الأخ لأم، والباقي لبنت الأخ لأب وأم، وإن اجتمع أولاد الإخوة والأخوات لأم، فعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يفضل الذكر على الأنثى كالأصول، وعند أبي يوسف رحمه الله: يفضل بخلاف الأصول حتى لو ترك ولدى أخت لأم، وكانا ذكرين، فكانان اثنين، أو كان أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى، فالمال بينهما نصفان، وكذلك إذا ترك ولدى أخ لأم، فالمال بينهما نصفان، وكذلك إذا ترك ولدى أخ لأم وولدى أخت لأم، فالمال بينهم بالسوية أرباعًا.

ومما يتصل بهذا الفصل

بيان من له قرابتان من بنات الإخوة وأولاد الأخوات:

٢١١٨٨- رجل مات، وترك ابنة أخت للأم وهي بنت أخ لأب صورة هذا أن يكون للرجل أخ لأب وأخت لأم تزوج أخوه لأبيه أخته لأمه كان النكاح جائزًا؛ لأنه لا

قرابة بين الزوجين ، فإن حدث بينهما بنت كانت هذه الابنة للرجل بنت أخيه لأبيه وبنت أخته لأمه ، فإن مات هذا الرجل ، وترك مع هذه بنت أخ لأب ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله الأول ، وهو قول محمد رحمه الله لذى القرابتين : سهم من ستة باعتبار قرابة الأم ، والباقى بينهما أثلاثًا باعتبار قرابة الأب ، فينكسر بالأثلاث ، فيكون القسمة من ثمانية عشر ، وهذا لأن محمداً رحمه الله يعتبر المدلى به ، فكأنه ترك أختًا لأم وأختًا لأب وأخًا لأب ، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر : المال كله لذى القرابتين ، وهذا على قول أبى يوسف رحمه الله على ما اختاره الفرضيون من أهل ماوراء النهر على ما ذكرنا فى فصل بيان ذى القرابتين من أولاد البنت ؛ لأنها فى معنى شخصين ، فكأنه ترك ، فإن كان معها ابنة أخ لأب ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر : المال كله لذى قرابتين باعتبار الأم ، والباقى بينهما نصفان بمنزلة أخت لأم وأخوين لأب .

وإن كانت المسألة على عكس هذا بأن كانت التى لها قرابتان ابن أخت لأب وهى ابنة أخ لأم ، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر : هذا وما سبق سواء ، وكذلك إذا كان معها ابنة أخت لأب ، وعلى قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله : إذا كان معها ابنة أخت لأم ، فلها الثلثان بينهما نصفان باعتبار قرابة الأم ، ولذى القرابتين النصف باعتبار قرابة الأب ، والباقى رد عليهما ، فيكون المال فى الحاصل بينهما أخماسًا بمنزلة ما لو ترك أختًا لأب وأخوين لأم ، وإن كان معها ابنة أخت لأب ، فللتى لها قرابتان السدس باعتبار قرابة الأم ، ولهما الثلثان باعتبار قرابة الأب بينهما نصفان ، والباقى رد عليهما بمنزلة أختين لأب وأخ لأم ، فتكون القسمة أخماسًا للتى لها قرابتان ثلاثة ، فإن كان معها ابنة أخت لأب وأم ، فالمال بينهما نصفان بالاتفاق .

وأما الكلام فى الأعمام لأم والعمات كلها والأخوال والخالات كلها يجب أن يعلم بأن العمة عندنا بمنزلة العم والخالة بمنزلة الأم حتى إنه لو ترك عمة وخالة ، فللعمة الثلثان ، وللخالة الثلث بمنزلة ما لو ترك عمّا وأمّا ، اتفقت الصحابة على ذلك والعمات أصناف ثلاثة : عمة لأب وأم ، وعمة لأب ، وعمة لأم ، والحكم فيهن أن الصنف الأول مقدم على الصنف الثانى ، والصنف الثانى مقدم على الصنف الثالث حتى لو ترك عمة لأب وأم وعمة لأب وعمة لأم كان المال كله للعمة لأب وأم ، ولو ترك عمة لأب وعمة لأم ، فالمال للعمة لأب ، ولو ترك عمّا وعمة ، فإن كانا لأب وأم أو لأب ، فالمال للعم ؛

لأنه عصبة، ولا ميراث لأحد من ذوى الأرحام مع العصبة، وكذلك إن كان العم لأب والعمة لأب وأم أو لأب أو لأم، فالمال كله للعم؛ لما ذكرنا أنه عصبة، وإن كان جميعًا لأم، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وهو ظاهر رواية أصحابنا، وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله : أن المال بينهما نصفان لاستواءهما فى القرابة، فإن قرابتهما فقرابة الأم، وباعتبار قرابة الأم لا نفضل الذكر على الأنثى كالأخ والأخت لأم، وجه ظاهر الرواية أن توريثهما [باعتبار العصوبة وفى قرابتهما العصوبة للذكر مثل حظ الأنثيين إذا تساويا فى الدرجة، وهذا بخلاف الأخ والأخت؛ لأن توريثهما][1] بالفريضة، وفى الاستحقاق بالفريضة لا يفضل الذكر على الأنثى، قال الله تعالى : ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾[2] .

والأخوال والخالات أصناف ثلاثة أيضًا : خال وخالة لأب وأم وخال وخالة لأب وخال وخالة لأم، والحكم فيهم أن الصنف الأول مقدم على الصنف الثانى والثالث، والصنف الثانى مقدم على الثالث، حتى إنه إذا ترك خالا وخالة لأب وأم وخالة لأب وخالا وخالة لأم، فالمال كله للخال والخالة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك خالا وخالة لأب وخالا وخالة لأم، فالمال للخال والخالة لأب، فالمال بين الخال والخالة لأب للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شىء للخال والخالة، ولو ترك خالا وخالة لأم، فالمال بينهما أثلاثًا، الثلثان للخال والثلث للخالة .

وإن اجتمع أخوال وخالات وأعمام وعمات لأم، فإن كان من الأعمام والعمات من يدلى بأب وأم، فنصيب الأب لمن أدلى إليه بأب وأم، فإن لم يكن، فلمن أدلى إليه بأب، فإن لم يكن، فلمن أدلى إليه بأم، وكذلك إن كان من الأخوال والخالات من يدلى بأب وأم، فنصيب الأب له، فإن لم يكن، فمن يدلى بأب، فإن لم يكن، فلمن يدلى بأم .

ولا يقدم أحد من قرابة الأب على أحد من قرابة الأم بحال نحو أن يكون عمة لأب وأم وخالة لأب، فالعمة تأخذ نصيب الأب، والخالة تأخذ نصيب الأم، ولا تسقط العمة

---

(١) زيد من ف وم .

(٢) سورة النساء : الآية١١ .

والخالة، وإن أدلت بأب وأم؛ لأن جهتهما اختلفا، وروى ابن سماعة عن أبى يوسف رحمه الله : أنه يقدم من يدلى بأب، وأم على من يدلى بأب، أو أم من أى جهة كانت مثل خال لأب وأم وعمة لأب، فالخال أولى لإدلاءه بأب وأم، وكذلك إذا كانت خالة لأب وعمة لأب وأم، فالعمة أولى، وعلى هذا القياس -فافهم- .

فإذا كانت خالتان لأب وأم وعمة لأب، فالثلث للخالة يقسم بينهما بالسوية، والثلث للعمة، ولو تركت ثلاث خالات متفرقات، وثلاثة أخوال متفرقين وثلاث عمات متفرقات وثلاثة أعمام لأم، فنصيب الأم للخال والخالة لأب وأم، ونصيب الأب وهو الثلثان للعمة لأب وأم، ويصح المسألة من تسعة .

وأما الكلام فى أولاد الأعمام لأم وأولاد العمات وأولاد الأخوال والخالات، فنقول : أقربهم إلى الميت أدلى، فإن استويا فى القرب، فعند اتحاد الجهة من كان ذو قرابتين، بأن كان لأب وأم، فهو أدلى ممن كان لأب، وممن كان لأب، فهو أدلى ممن كان لأم، وعند اختلاف الجهة من كان ذا قرابتين لا يكون أولى، وإن اختلفت البطون : فعند أبى يوسف رحمه الله : يعتبر الأبدان، وعند محمد رحمه الله : يعتبر أول بطن يختلف، ويقسم المال عليه على نحو ما ذكرنا .

بيانه من المسائل : إذا ترك ابنة خالة وابنة ابنة خالة أو ابنة ابن خالة وابن ابن خالة، فالميراث لبنت الخالة؛ لأنها أقرب بدرجة، وكذلك إن ترك ابنة عمه وابنة ابنة خالة فابنة العم أولى، وإن كانتا من جهتين مختلفتين؛ لأنها أقرب بدرجة، فإن ترك بنات العم مع ابنة خالة واحدة، فلبنات العم الثلثان، ولابنة الخالة الثلث .

وإذا كان البعض ذا قرابتين، فالكلام فيه على نحو ما ذكرنا من اتحاد الجهة واختلافها، بيانه فيما إذا ترك ثلاث بنات عمات متفرقات، فالمال كله لابنة العمّ لأب وأم، وكذلك إذا ترك ثلاث بنات خالات متفرقات، وإن ترك ابنة خالة لأب وأم وابنة عمة لأب وأم، فلابنة العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وكذلك إذا ترك ابنة خالة لأب وأم وابنة عم لأب كان لبنت العمة الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وهذا لأن المساواة فى الدرجة بينهما يعنى به الاتصال بالميت موجود حقيقة، ولكن ذو القرابتين أقوى سببًا، فعند اتحاد الجهة يجعل الأقوى فى معنى الأقرب وذلك ينعدم عند اختلاف السبب

والجهة، ولأن توريث ذوى الأرحام باعتبار معنى العصوبة وقرابة الأب فى ذلك مقدمة على قرابة الأم، فجعل قوة السبب كزيادة القرب عند اتحاد الجهة، وعند اختلاف الجهة يسقط اعتبار هذا المعنى.

وإن كان أحدهما ولد عصبة أو ولد صاحب فرض فعند اتحاد الجهة يقدم ولد العصبة وولد صاحب الفرض، وعند اختلاف الجهة لا يقدم، ويعتبر المساواة فى الاتصال بالميت وهو رواية ابن أبى عمران عن أبى يوسف رحمه الله، أما فى ظاهر الرواية يقدم ولد العصبة وولد صاحب الفرض حتى إنه إذاترك ابنة عم لأب وأم وابنة عمة، فالمال كله لبنت العم، وهذا بلاخلاف؛ لأن الجهة ههنا متحدة، ولو ترك ابنة عم وابنة خال، أو خالة فلابنة العم الثلثان ولابنة الخال والخالة الثلث على رواية أبى يوسف رحمه الله، ولا يقدم ابنة العم لكونها ولد عصبة؛ لأن الجهة مختلفة ههنا، وفى ظاهر الرواية المال كله لابنة العم، ويقدم ولد العصبة مع اختلاف الجهة، وهذا لأن ولد العصبة أقرب اتصالا بوارث الميت، فكأنه أقرب اتصالا بالميت.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغى أن يكون العمة أحق بجميع المال من الخالة، ؛ لأن العمة ولد العصبة وهو أب الأم، وهى صاحبة فرض، فمن هذا الوجه يتحقق المساواة بينهما فى الاتصال بوارث إلا أن اتصال الخالة بوارث هى أم، فيستحق فريضة الأم واتصال العمة بوارث هو أب، فيستحق نصيب الأب.

وإن كان قوم من هؤلاء من قبل الأم من بنات الأخوال والخالات وقوم من قبل الأب من بنات العمات والأعمام، فالمال مقسوم بين الفريقين أثلاثًا سواء كان من كل جانب ذو قرابتين، أو كان من أحد الجانبين ذو قرابتين ومن الجانب الآخر ذو قرابة واحدة، ثم ما أصاب كل فريق يترجح فيه فيما بينهم من كان ذو قرابتين على من كان ذو قرابة واحدة، وكذلك يترجح فيه من كان قرابته لأب على من كان قرابته لأم؛ لأن فى نصيب كل فريق الاستحقاق لهم بجهة واحدة كل واحدة منهم إذا انفرد استحق جميع ذلك، فعند الاجتماع يراعى قوة السبب بينهم فى ذلك المقدار.

فإن استووا فى القرابة، فالقسمة بينهم على الأبدان فى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر، وفى قوله الأول وهوقول محمد رحمه الله: القسمة على أول من يقع الخلاف من

الآباء، بيانه إذا ترك ابن خالة وابنة خالة، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين اعتباراً للأبدان، وهذا بلا خلاف؛ لأن الآباء قد اتفقت، وإن ترك ابنة خال وابن خالة، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر: لابن الخالة الثلثان ولبنت الخال الثلث اعتباراً للأبدان، وعلى قول محمد رحمه الله: لابن الخالة الثلث ولبنت الخال الثلث اعتباراً للآباء، وإن ترك بنت عمة وابن عمة، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا بلا خلاف؛ لأن الآباء قد اتفقت، وإن ترك ابن عمة وابنة عم فإن كانت بنت عم لأب وأم أو لأب، فهى أولى؛ لأنها ولد عصبة، وابن العمة ليس ولد عصبة، ولا ولد صاحب فرض، وإن كانت بنت عم لأم وابن العمة لأم، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: المال بينهما أثلاثًا باعتبار الأبدان الثلثان لابن العمة والثلث لبنت العم، وعلى قول محمد رحمه الله: الثلثان لبنت العم والثلث لابن العمة اعتباراً للآباء، وهذا إذا كان ابن العمة ابن عمة الأم، فأما إن كان ابن عمة لأب وأم: فهو أولى بجميع المال أنه ذو قرابتين، وكذلك إذا كان ابن عمة لأب؛ لأن أولاده بقرابة الأب، وفى استحقاق معنى العصوبة يقدم قرابة الأب على قرابة الأم.

ورأيت فى شرح بعض المشايخ: إذا ترك بنت بنت عم لأب وأم وبنت بنت عمة لأب وأم، أن عند أبى يوسف رحمه الله: المال نصفان باعتبار الأبدان، وعند محمد رحمه الله: أثلاثًا باعتبار الأجداد، الثلثان لبنت بنت العم والثلث لبنت بنت العمة، قال الشيخ الإمام الزاهد إسماعيل الصفار: وهذا ليس بصواب، إنما الصواب أن يكون المال كله لبنت بنت العم، ألا ترى أنه إذا اجتمع العم والعمة كان العم أولى، فكذا فى الأولاد.

وإن ترك ثلاث بنات أخوال متفرقين وثلاث بنى خالات متفرقات وثلاث بنات عمات متفرقات، فالثلثان لبنات العمات، ثم يترجح فى استحقاق ذلك ابنة العمة لأب وأم على الأخريين؛ لما قلنا، والثلث بين بنى الخالات وبين بنات الأخوال، ثم يترجح فى ذلك ابن الخالة لأب وأم وابن الخال بأب وأم، فيكون القسمة بينهما أثلاثًا فى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر على الأبدان: لابن الخالة الثلثان ولابنة الخال الثلث، وعلى قول محمد رحمه الله: على عكس هذا، وإن كان مع هؤلاء ثلاث بنات أعمام متفرقين، فالمال كله لابنة العم لأب وأم؛ لأنها ولد عصبة، فإن لم تكن فلابنة العم لأب؛ لأنها ولد

عصبة أيضًا، فإن لم يكن، فحينئذٍ الثلثان لقوم لأب، ويستحق ذلك ابنة العمة لأب وأم خاصة؛ لأن ابنة العم لأم وابنة العمة لأم سواء فى أن كل واحد منهما ليس بولد عصبة، ولاصاحب فرض، فكان يترجح ابنة العم لأب وأم على ابنة العمة لأم، فكذا على ابنة العم لأم، ولا يتغير هذا الاستحقاق بكثرة العدد من أحد الجانبين وقلة العدد من الجانب الآخر؛ لأن الاستحقاق بالمدلى به وهو الأب والأم، وذلك لا يختلف بقلة العدد وكثرة العدد، وهو سؤال أبى يوسف رحمه الله فى أولاد البنات، فإن هناك لو كان المدلى به هو المعتبر لما اختلفت قسمة بكثرة العدد وقلة العدد، كما هو فى هذا الموضع إلا أن الفرق بينهما لمحمد رحمه الله أن هناك تتعدد الفروع بتعدد المدلى به حكمًا، وههنا لا يتعدد المدلى به حكمًا؛ لأنه إنما يتعدد الشيء حكمًا إذا كان يتصور حقيقته، والتعدد فى الأولاد من البنين والبنات فتحقق، فيثبت التعدد فيهم حكمًا بتعدد الفروع، فأما فى الأب والأم لا يتصور التعدد حقيقة، فلا يثبت التعدد حكمًا بتعدد القرابات.

وأما الكلام فى أولاد الأولاد العمات وأولاد أولاد الخالات، إذا ترك بنت بنت عمة لأب وأم وابن بنت عمة لأب وأم، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بلا خلاف؛ لأن الأصول قد اتفقت، وإن ترك بنت ابن عمة لأب وأم وابن بنت عم لأب وأم، فعلى قول أبى يوسف رحمه الله: المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعلى قول محمد رحمه الله الثلثان لبنت ابن العمة والثلث لابن ابنة العمة، وإن ترك ابنة عمة لأب وأم وابنة خالة لأب وأم، فلابنة العمة الثلثان، وهذا بلا خلاف، وكذلك إذا ترك بنت ابن عمة لأب وابنة ابن خالة لأب وأم، فلبنت ابن العمة الثلثان ولبنت ابن الخالة الثلث، وهذا بلا خلاف.

ومما يتصل بهذا الفصل بيان ميراث أعمام الأم وعماتها وأخوال الأم وخالاتها وعمات الأب وخالاته وأعمام الأب وأخواله:

٢١١٨٩-إذا ترك الميت خالة الأم، فالميراث له إن لم يكن معه غيره؛ لأن الأم وارثة لها، فخالها وخالتها بمنزلة خاله وخالته، فإن ترك خالة الأم وعمة الأم، فقد ذكر أبو سليمان الجوزجانى عن أصحابنا: أن المال بينهما أثلاثًا، ثلثاه للعمة وثلثه للخالة،

وجعلها على هذه الرواية بمنزلة خالة الميت وعمه، وذكر عيسى بن أبان: أن المال كله لعمة الأم، وذكر يحيى بن آدم أن المال كله للخالة لأم، وجه رواية أبى سليمان فى توريث هذا النوع المدلى به قائم مقام الميت، فعمة الأم بمنزلة عمة الميت، وكذلك خالة الأم بمنزلة خالة الميت، وفى عمة الميت وخالة الميت القسمة بينهما أثلاثًا، كذا ههنا، وجه قول عيسى: إن عمة الأم قرابتها من الأم قرابة الأب وخالة الأم قرابتها من الأم قرابة الأم، والتوريث ههنا بمعنى العصوبة، فيترجح فيه قرابة الأب على قرابة الأم، فالقياس فى خالة الميت مع عمة الميت ما ذكرنا أيضًا إلا أنا تركنا القياس ثمة بإجماع الصحابة، وهذا المسألة ليست نظير تلك المسألة؛ لأن فى تلك المسألة إحداهما ولد عصبة، والأخرى ولد صاحبة فرض، وذلك لا يوجد ههنا، فرجحنا قرابة الأب اعتبارًا لحقيقة العصوبة، وجه ما ذكر يحيى بن آدم أن خالة الأم ولد صاحبة فرض؛ لأنها ولد أم الأم، وهى صاحبة فرض، وعمتها لأم ليست ولد عصبة، ولا ولد صاحب فرض؛ لأنها ولد أب أب الأم، فلهذا كانت خالة الأم أولى من عمة الأخت، ثم على ظاهر الرواية يستوى بين أن يكون لهما قرابتان، أو لأحدهما قرابتان، وللأخرى قرابة واحدة؛ لأن اختلاف الجهة بينهما فى حق الأم كاختلاف الجهة فى حق الميت.

٢١١٩٠-وإن اجتمع أعمام الأم وعماتها، فإن كانوا من قبل الأب والأم، أو من قبل الأب، فعلى الرواية المشهورة: المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وفى رواية أخرى: المال كله للعم، فإن ترك عم الأب وعمة الأب، فإن المال كله لعم الأب، ولو ترك عم الأب أو عمته أو خالة أو خالته، فالمال كله له إذا انفرد إن كان لأب وأم أو لأب؛ لأنه عصبة، وإن كان لأم، فالمال بينهما أثلاثًا على الأبدان فى قول أبى يوسف رحمه الله الآخر، وعلى المدلى فى قوله الأول، وهو قول محمد رحمه الله، وإن كان هناك عمة الأب وخالة الأب، فعلى رواية أبى سليمان: المال بينهما أثلاثًا للذكر مثل حظ الأنثيين، كما بينا على قول عيسى ويحيى: المال كله لعمة الأب؛ لأنها ولد العصبة وهو أب أب الأب، ولأنها تدلى بقرابة الأب، وقرابة الأب فى معنى العصوبة مقدم على قرابة الأم.

٢١١٩١-وإن اجتمع الفريقان يعنى عمة الأب وخالة الأب وعمة الأم وخالة الأم، فلقوم الأب الثلثان، ولقوم الأم الثلث، ثم قسمة كل جزء بين فريق فى هذا الفصل كقسمة جميع المال فيما تقدم، ولا يختلف الجواب بكون أحدهما ذى قرابتين، والأخرى

ذى قرابة واحدة فى القسمة عند اختلاف الجهة، ولكن فى نصيب كل فريق يترجح ذوا القرابتين على نحو ما بينا فى الفصل المقدم.

وإن اجتمع عمة الأب وعمه وخالة الأم وخالها، فالمشهور من قول أهل العراق أن نصيب الأم، وهو الثلث يقسم بين خالها وخالتها على ثلاثة تفضيلا للذكر على الأنثى، وإن كانا من أمه؛ لأن التسوية بين أولاد الأم إذا كانوا يتصلون بالميت، وهم إخوة الميت وأخواته لأم، فأما إذا كانوا يتصلون بوارث الميت فلا سوية، بل يفضل الذكور على الإناث، رواه الحسن بن زياد وأبو سليمان الجوزجانى، ونصيب الأب يقسم بين قرابته أثلاثًا، وهذا ظاهر.

٢١١٩٢-ولو اجتمع ثلاثة أخوال متفرقون وعم عمة أم من أم، فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق: وهى التوريث من جهتين، ويقدم من هو لأب وأم، تقدير مسألة إن كانت الأم ماتت عن أبوين، فالمسألة من ثلاثة نصيب الأم الثلث سهم، ونصيب الأب الثلثان، ثم ما أصاب الأم، فهو لخالها لأب وأم وعمة أم لأب، فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق: الثلث لخالتى الأم، والثلثان بين العمين، ويجعل كان الأم ماتت، وترك أبوين، فلأم الثلث سهم من ثلاثة، وللأب الثلثان، ثم ما أصاب الأم ينتقل إلى أختها، وإنه لا يستقيم، وما أصاب الأب ينتقل إلى أخته، ويصح المسألة من ستة.

خالا أم لأب وخالة أم لأب وأم وعمة أم لأب، فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق: يجعل كأن الأم ماتت عن أبوين، ففريضة من ثلاثة سهم الأم ينتقل إلى أختها، ولا شىء لأخيها من ذلك تقديمًا لمن هو لأب وأم على من هو لأب، وسهما الأب ينتقل إلى أخته، فيصير فى الحاصل لخالة الأم سهم ولعمة الأم سهمان.

خالتان أب لأم وخال أب لأب وأم، فعلى القول المشهور لأهل العراق: المال كله للخال؛ لأنه لأب وأم، ثلاثة أخوال لأب متفرقين وثلاثة عمات أم متفرقات وثلاث خالات أم متفرقات، فعلى المشهور من قول أهل العراق: يجعل كأن الميت ماتت، وترك أمّا كان المال لها، ثم إنها ماتت عن أبوين، ففريضتها من ثلاثة سهم للأم ينتقل ذلك إلى أختها لأب وأم سهمان لأب يقسم بين عمة الأم لأب وأم وبين خال لأب وأم على ثلاثة،

الثلثان للعمة والثلث للخال، كان هذا الأب أيضًا مات، وترك أبوين؛ لأن هذا الأب وارث من جهة أبيه، وذلك سهمان ينتقل إلى العم، فانكسر بالأثلاث، فيضرب ثلاثة فى ثلاثة، فيصير تسعة، فمنه تصح المسألة، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

والكلام فى أولاد هؤلاء بمنزلة الكلام فى آباءهم وأمهاتهم، ولكن عند انعدام الأصول، فأما عند وجود أحد من الأصول: فلا شيء للأولاد كما لا شيء لأحد من أولاد العمات والخالات عند بقاء عمة أو خالة للميت، ويتصور فى هذا الجنس شخص له قرابتان.

بيانه: فى امرأة لها أخ لأم وأخت لأب يتزوج أخوها لأمها أختها لأبيها، فولد بينهما ولد، ثم مات هذا الولد، فهذه المرأة خالته لأبيه، وهو أيضًا عمته لأم، وإن ولد لهذا الولد ولدًا، ثم مات الثانى، فهذه المرأة خالة أبيه لأب وعمة أبيه لأم، ثم الجواب فى هذا الفصل على الاختلاف الذى بينا فى ذى القرابتين عن بنات الإخوة وأولاد الأخوات.

الفصل الحادى والثلاثون
فى ميراث المتلاعنين وفى ميراث ولد الملاعنة

٢١١٩٣- وإذا التعن الزوجان، فلم يفرق الحاكم بينهما حتى مات أحدهما ورث الباقى؛ لأن الفرقة باللعان لا يقع إلا بقضاء القاضى، فقبل قضاء القاضى بالفرقة النكاح قائم، فيجرى الإرث بينهما، ولو فرق الحاكم، ثم مات أحدهما، لا يرث الباقى إلا على قول عثمان البستى وأهل الظواهر؛ لأن عندهم لا تقع الفرقة إلا بالطلاق.

٢١١٩٤- جئنا إلى ولد الملاعنة، فنقول: ولد الملاعنة وولد الزنا فى حكم الميراث بمنزلة ولد ليس له أب، ولا قرابة للأب حتى لا يرث هذا الولد من الأب وقرابته، ولا يرث الأب، ولا قرابته من هذا الولد؛ لأن ولد الملاعنة قد قطع نسبه من الأب، فصار نسبه مقطوعًا من قوم الأب ضرورة أيضًا، وولد الزنا لم يثبت نسبه من الأب فكيف يثبت من قوم الأب، فصار ولد الزنا وولد الملاعنة بمنزلة ولد الرشد الذى ليس له أب ولا قوم الأب فى حكم الميراث من هذا الوجه وهو ولد الأم فى حق حكم الميراث من الأم وقرابتها، ويرث عنه الأم وقرابتها حتى لو مات ابن الملاعنة، وترك أبًا وبنتًا، كان المال بينهما على أربعة فرضًا وردًا، للأم السدس فى هذه الصورة السدس سهم من ستة وللأم الثلث سهمان من ستة، فصار فرضيتهما من أربعة، فيرد الباقى عليهما على قدر حقهما، فصار [المال بينهما على أربعة من هذا الوجه، وإن ترك أمًا وأخًا كان المال بينهما على ثلاثة؛ لأن للأخ فى هذه الصورة السدس من ستة وللأم الثلث سهمان من ستة، فصار فريضتهما من ثلاثة، فيرد الباقى عليهما على قدر حقهما، فصار فرضيتها من ثلاثة][1] من هذا الوجه، فإن ترك أمًا وأخًا وأختًا، فالمال بينهم على ثلاثة، للأم السدس سهم من ستة، وللأخ كذلك، وللأخت كذلك، وصارت فرضيتهم من ثلاثة، فيرد الباقى عليهم على قدر حقوقهم، فصار المال بينهم على ثلاثة من هذا الوجه، ولو مات ابنة الملاعنة، وتركت أمًا وزوجًا، فللزوج النصف فرضًا وردًا، ولو مات، وترك أولاد الأم، فللواحد

---

(١) زيد من ف وم.

منهم السدس، وللاثنين فصاعداً الثلث، الذكر والأنثى فى ذلك سواء، سواء مات من أخ وأخت لأم أو عن إخوة لأم أو عن أخوات لأم أو عن إخوة أخوات لأم، والحكم فيهم ما ذكرنا.

٢١١٩٥- ابن ابن الملاعنة مات، وترك ابنة وعمّا، فالمال للابنة فرضًا وردّا، ولا شيء للعم، يجب أن يعلم أن ابن ابن الملاعنة له أب وقوم الأب وهم الإخوة، وليس له جد صحيح ولا قوم، وهم الأعمام والعمات لأب وأم أو لأب، إذا عرفت هذا خرجت المسألة، فنقول: إنما لا يكون للعم شيء فى هذه الصورة؛ لأنه عم لأم، والعم لأم من ذوى الأرحام، وذوو الأرحام لا يرثون مع ذى سهم، وإن ترك عمّا وخالا، فالثلث للخال، والثلثان للعم، وإن ترك ثلاث خالات متفرقات وعمّا وعمة، فالثلث للخالة لأب وأم، والباقى بين العم والعمة للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن ترك امرأة وأما وأختًا، للمرأة الربع، والباقى بين الأم والأخ أثلاثًا فرضًا وردّا؛ لأن للأم فى هذه الصورة الثلث سهمًا من ستة، وللأخ السدس سهم من ستة، فصارت فريضة الأم والأخ ثلاثة، فيقسم الباقى بعد الربع بينهما على ثلاثة فرضًا وردّا، ولو ترك امرأة وأمّا وأخوين، فللمرأة الربع وللأم السدس والآخوين لأم الثلث، والباقى يرد على الأم، وعلى الأخوين لأم أثلاثًا، للأم سهم وللأخوين سهمان، لكل أخ سهم، ولو ترك أمّا وامرأة وثلاث أخوات متفرقات، فللمرأة الربع، وللأم السدس وللأخوات لأم الثلث، والباقى يرد على الأم، وعلى الأختين لأم أثلاثًا سهم للأم، وسهمان للأختين لأم، لكل أخت سهم، ولو ترك امرأة وأبوين وابنة وابنًا، فللمرأة الثمن وللأم [السدس وما بقى من الابن والابنة، فللذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك ابنة وأبوين، فللابنة النصف، وللأم السدس][1] والباقى يرد على الابنة، وعلى الأم على أربعة، ولو ترك ابنتين وأبوين، فللابنتين الثلثان، وللأم السدس، وما بقى يرد على الابنتين، وعلى الأم على خمسة: أربعة الأخماس للابنتين، والخمس للأم، ولو ترك ابنة أخ لأم وجدا أب الأم، أو ترك ابنة الأم وجدا أب للأم، أو ترك ثلاث بنات أخوات متفرقات وجدا أب الأم، أو ترك ثلاث بنات إخوة متفرقين وجدا أب الأم، وترك ثلاث بنات أخوات متفرقات وثلاث بنات إخوة متفرقين وجدا أب الأم، فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: المال للجد فى المسائل كلها،

(١) زيد من ف وم.

وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في المسألة الأولى: المال لبنت الأخ، وفي المسألة الثانية المال لبنت الأخت، وفي المسألة الثالثة المال لبنتي أخوين من الأم، وفي المسألة الرابعة لابنتي الأخوين من الأم، وفي المسألة الخامسة: المال بين ابنتي أخوين من الأم وبين ابنتي أختين من الأم بالسوية، وعلى هذا القياس -فافهم- ولو تركت عمة وخالة فالمال للخالة عند أصحابنا، ولو ترك ابن خال وبنت خال، فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك ابن ابن الملاعنة ثلاث خالات متفرقات وثلاث عمات متفرقات، ففي قول أصحابنا: للخالة من الأب والأم السدس، والباقي للعمتين.

ومما يتصل بهذا الفصل:

٢١١٩٦- إذا ثبت حرمة المصاهرة بين الزوجين، ثم حدث بينهما ولد، ثم مات الأب، هل يرث هذا الولد منه؟ ذكر في "فتاوى الإمام نجم الدين": أن فيه اختلاف المشايخ، قال القاضي الإمام سليمان: لا يرث؛ لأنها حرمت عليه، ولم يبقَ بينهما نكاح، فهذا الولد حصل من غير نكاح، فلا يرث كما لو حصل من الزنا المتفق عليه، وقال شيخ الإسلام أبو الحسن السغدي: إنه يرث؛ لأنه ثابت النسب منه؛ لأن هذه الحرمة مختلف فيها، ومثل هذه الحرمة لا يمنع ثبوت النسب، ألا ترى أن من قال: إن تزوجت فلانة، فهي طالق ثلاثًا، فتزوجها حتى طلقت ثلاث تطليقات، أو قال: إن تزوجت امرأة، فهي طالق ثلاثًا، فتزوج امرأة حتى طلقت ثلاث تطليقات، وجاءت بولد يثبت النسب منه، وإن حرمت عليه، ولم يبقَ بينهما نكاح، ولا عدة لها كانت الحرمة مختلفًا فيها، ولأن بسبب المصاهرة يفسد النكاح، أما لا يرتفع نص عليه محمد رحمه الله في نكاح الأصل.

الفصل الثانى والثلاثون
فى ميراث المفقود

٢١١٩٧- يجب أن يعلم بأن المفقود وهو الرجل يخرج فى وجه فيفقد، ولا يعرف موضعه، ولايتبين حياته ولا موته أو يأسره العدو، فلا يتبين موته ولا قتله، وحكمه ما قال محمد رحمه الله: إنه يعتبر حيّا فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ويعتبر ميتًا فى حق غيره حتى لايرث أحدًا من أقرباءه إذا مات، ومعنى قوله: لا يرث أحدًا من أقرباءه أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكًا للمفقود، أما يوقف للمفقود نصيب من ميراث من مات من أقرباءه، وهذا لأن حياة المفقود محتملة، والمحتملة يكفى للوقف كما فى الجنين على ما يأتى بيانه بعد هذا -إن شاء الله تعالى- فيوقف نصيبه لهذا، فإن ظهر أنه كان حيّا، ظهر أنه كان مستحقًا، وإن لم يظهر أنه كان حيّا، فما وقف له يرد على ورثة صاحب المال بمنزلة الموقوف للجنين إذا انفصل الجنين ميتًا.

٢١١٩٨- قال مشايخنا: مدار مسائل المفقود على حرف واحد أن المفقود يعتبر حيّا فى ماله، وميتًا فى مال غيره حتى ينقضى من المدة ما لم يعلم أنه يعيش إلى تلك المدة، أو يموت أقرانه، وبعد ذلك يعتبر ميتًا فى ماله يوم تمت المدة أو مات الأقران، فى مال الغير يعتبر كأنه مات يوم فقد، حتى إنه إذا فقد الرجل وله ابن، فمات ابنه، وهذا الابن أخ لأمه وللمفقود عصبة، فخاصم أخ الابن عصبة المفقود ينظر إن كان الابن قد مات قبل أن يموت أقران المفقود، فإن جميع مال المفقود لعصبة المفقود، ولا يكون للابن من ذلك شىء؛ لأنا اعتبرناه ميتًا فى حق غيره، ولكن يوقف نصيب المفقود من مال الابن إلى أن يظهر حال المفقود؛ لأنه يجعل أن يكون حيّا، فيكون له الميراث من ابنه، واحتمل أن يكون ميتًا، فلا يكون له الميراث من ابنه، بل يكون ميراث الابن لأخيه، فإن ظهر المفقود حيّا، فما وقف له يكون له، وإن لم يظهر حاله حتى مات أقرانه، فما أوقفنا للمفقود من مال الابن يكون ميراثًا لأخ الابن؛ لأنا تيقنا بكون الأخ وارثًا وقت موت الابن، وشككنا فى كون المفقود وارثًا، فكان جعله ميراثًا لمن كان وارثًا له بيقين أولى،

وإن كان أقران المفقود قد ماتوا قبل موت الابن، فميراث المفقود صار للابن؛ لأنا حكمنا بموت المفقود والابن حي، فيكون ميراثه للابن، فإذا مات الابن يكون ميراثه لأخيه، فهذا حاصل ما تبتنى عليه مسائل المفقود.

٢١١٩٩- ثم طريق موت المفقود إما بالبينة أو موت الأقران، وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي من في يديه المال خصمًا عنه، أو ينصب عنه قيّمًا، فيقبل عليه البينة، وأما موت الأقران، وهو المذكور في الكتاب عن محمد رحمه الله يشترط موت جميع الأقران ما بقي واحد من أقرانه لا يحكم بموته، ولم يذكر أنه يعتبر موت جميع أقرانه في جميع البلدان أو في بلدة المفقود، وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: يعتبر موت أقرانه أهل بلده، وهذا القول أرفق بالناس، ولم يعتبر محمد رحمه الله في موت المفقود وحياته السنين، فالمشايخ اعتبروا ذلك، فالمتقدمون من المشايخ بعد محمد رحمه الله قدروا بمائة وعشرين سنة، وقالوا: متى مضى من مولده مائة وعشرون سنة، فإنه يحكم بموته، وإن بقي بعض أقرانه في الأحياء، ولايحكم بموته قبل ذلك، وإن مات جميع أقرانه، وعن نصير بن يحيى أنه قدر عمره بمائة سنة وهو المروي عن أبي يوسف، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد قدراه بتسعين، وقالا: لأن الأعمار قد قصرت في زماننا، قال الصدر الشهيد حسام الدين: وعليه الفتوى، وقال شيخ الإسلام في شرحه: ما قاله محمد أقيس وأحوط، وما قاله المشايخ: أرفق بالناس.

٢١٢٠٠- ثم وجه العمل في إيقاف نصيب المفقود إذا مات من يرثه لو كان حيّا أن يصحّح المسألة على أن المفقود حي، ثم يصحح على أنه ميت، ثم يعتبر ما صح منه المسألتان، وذلك لا يخلو من أقسام: أحدها: أن يصحح إحدى المسألتين من مثل سهام الأخرى، فيكتفي بإحدى المسألتين، ويجعل لكل من يتبين له بشيء ما يتيقن له من السهام، ويوقف الباقي إلى أن يتبين حال المفقود بموت، أو حياة، أو بمضي المدة بالطريق الذي قلنا، ثم يرد ذلك الموقوف على مستحقه، مثاله: امرأة لها أخوان، أحدهما مفقود، وماتت هذه المرأة، وتركت هذين الأخوين وأمّا وزوجًا، فتعذر أولا أن المفقود حي، ويعمل المسألة عليه، فنقول: أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللأم سهم، وللأخ الحاضر سهم وللأخ المفقود سهم، ويقدر أيضًا أن المفقود ميت، ويعمل المسألة عليه،

فيقول : أصلها من ستة أيضًا للزوج ثلاثة ، وللأم سهمان ، فللأخ الحاضر سهم ، فالمسألتان تخرجان من أصل واحد ، فيكتفى بإحداهما ، ويعطى كل وارث ما هو المتعين له ، فنقول : نصيب الزوج ما يعتبر بحاله ، فإن كان له ثلاثة من ستة على كل حال ، وللأم سهم فى حال ، وسهمان فى حال ، فاليقين لها فى سهم ، فيعطى لها ذلك ، وللأخ الحاضر سهم فى كل حال ، فيعطى له ذلك بقى هناك سهم نوقفه لأجل المفقود ، فإن علم حياته يوم الذى مات هذا الميت ، فذلك السهم يعطى له ، ويعطى ورثته إن مات بعد ذلك ، وإن علم موته قبل موت أخيه ، يخرج المفقود من البين ، وجعل كأنه لم يكن قط ، ويعطى السهم الموقوف للأم ، فيصير للأم سهمان .

امرأة ماتت ، وتركت زوجًا وأمًا وأختين لأب وأم ، وإحداهما مفقودة ، فتقول الورثة : المفقودة حية كانت أصل الفريضة ستة ، وقسمتها من ثمانية للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، وللأخت المفقودة سهمين ، وللأخت الحاضرة سهمان ، ثم يقدر المفقودة ميتة كان أصل الفريضة من ستة ، وقسمتها من ثمانية أيضًا للزوج ثلاثة ، وللأم سهمان ، وللأخت ثلاثة ، فالمسألتان تخرجان من أصل واحد ، فيكتفى بإحداهما ، ويعطى كل وارث ما هو اليقين له ، فيعطى للزوج ثلاثة ، كان فرضه هذا القدر على كل حال ، وللأم سهم فى حال ، وسهمان فى حالة ، فيعطى لها سهم ؛ لأنه هو اليقين ، وللأخت الحاضرة سهمان فى حال ، وثلاثة فى حال ، فيعطى لها سهمان كان فيهما يقينًا ، بقى هناك سهمان يوفقان ، فإن علم حياة المفقود يوم الذى مات هذا الميت فالسهمان الموقوفان للمفقود ، وإن علم موته قبل موت هذا الميت يرد سهم واحد من الموقوفين على الأم وسهم واحد على الأخت الحاضرة .

امرأة ماتت ، وتركت زوجًا وأمًا وأختين لأم ، وإحداهما مفقودة ، فنقول : لو كانت المفقودة حية كانت الفريضة من ستة للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، ولكل أخت سهم ، ولو كانت المفقودة ميتة كانت الفريضة من ستة أيضًا للأم سهمان وللزوج ثلاثة وللأخت سهم فالمسألتان تخرجان من أصل واحد ، فيكتفى بإحداهما ، ويعطى للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ؛ لأن اليقين لها ذلك ، وللأخت الحاضرة سهم ، بقى هناك سهم يوقف ، فإن ظهر أن المفقودة كانت حية يوم مات هذا الميت ، فذلك له ، وإن علم أنها كانت ميتة يرد ذلك على الأم .

امرأة ماتت، وتركت أما وثلاث أخوات متفرقات والتى من الأب والأم مفقودة، وتركت عمًّا أيضًا، فنقول: لو كانت المفقودة حية كانت للأم سهم [من ستة، ولهذه التى من الأب والأم، وللأخت لأب سهم، وللأخت لأم سهم، ويسقط العم، ولو كانت ميتة كانت الفريضة من ستة، للأم سهم، وللتى من الأم سهم، وللتى من الأب][1] السهم الباقى، فالمسألتان تخرجان من أصل واحد، فيكتفى بأحدهما، ويعطى كل وارث ما هو اليقين له، فيعطى للأم سهم وللتى من الأم سهم، وللتى من الأب سهم؛ لأن لها سهم فى حال، وثلاثة فى حال، فاليقين لها فى سهم، بقى هناك ثلاثة يوقف، فإن علم حياة المفقود قبل موت هذا الميت، فلها ذلك، وإن علم موته قبل ذلك يرد من الموقوف سهمان على الأخت التى من الأب، وسهم على العم، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

القسم الثانى: أن يكون إحدى المسألتين جزءً من الأخرى، فيكتفى بأكثرهما سهامًا، ويجعل لكل وارث أقل ما يصيب وهو اليقين، ويوقف الباقى، مثاله: امرأة ماتت، وتركت أمًّا وزوجًا وثلاث إخوة لأب، إحداهن مفقودة حية كان للأم سهم من ستة، وللزوج ثلاثة، وللأخوات أربعة، فتعول إلى ثمانية، وتصح من أربعة وعشرين؛ لأن نصيب الأخوات وذلك أربعة لا يستقيم على عدد رؤوسهن، فإنهن ثلاثة، فيضرب عدد رؤوسهن، وذلك ثلاثة فى أصل المسألة مع عولها، وذلك ثمانية، فيصير أربعة وعشرين كان للزوج ثلاثة صارت مضروبة فى ثلاثة، فذلك تسعة، وكان للأم سهم، وصار مضروبًا فى ذلك، فذلك ثلاثة، وكان للأخوات أربعة، وصارت مضروبة فى ثلاثة، فذلك اثنى عشر، ولو كانت المفقودة ميتة، كانت للأم سهم من ستة، وللزوج ثلاثة، وللأختين لأب أربعة، فتعول إلى ثمانية، ويصح منها؛ لأن نصيب الأختين، وذلك أربعة يستقيم عليهما لكل واحدة سهمان، فالمسألة الأولى من أربعة وعشرين، والثانية من ثمانية، وثمانية يدخل فى أربعة وعشرين، فيكتفى بالأكثر، ويعمل عليه، فللزوج تسعة نظرًا إلى الحالتين؛ لأن لها ثلاثة، وصارت مضروبة فى ثلاثة، وللأم ثلاثة، وللأختين ثمانية لكل واحدة أربعة؛ لأنها أقل ما يصيبها بقى هناك أربعة يوقف للمفقودة، فإن علم حياتها يوم مات هذا الميت، فذلك لها، وإن كان بخلافه، يرد

(١) زيد من ف وم.

الموقوف على الأختين.

امرأة ماتت، وتركت زوجًا وثلاث أخوات متفرقات وثلاث جدات، وأما مفقودة فنقول: لو كانت المفقودة حية كانت المسألة من ستة، للأم سهم، وللزوج ثلاثة، وللأخت لأب وأم ثلاثة، وللأخت لأب سهم، وللأخت لأم سهم، ويسقط الجدات، فيعول إلى تسعة، ولو كانت المفقودة ميتة كانت المسألة من ستة، ويعول إلى تسعة أيضًا للجدات سهم، وباقى السهام على حالها، ويصح المسألة من سبعة وعشرين؛ لأن نصيب الجدات، وذلك سهم لا يستقيم على عدد رؤوسهن وهى ثلاثة، فيضرب ثلاثة فى أصل المسألة مع عولها، وذلك تسعة، فيضرب سبعة وعشرين، فالمسألة الأولى من تسعة والثانية من سبعة وعشرين، وتسعة يدخل فى سبعة وعشرين، فيعمل عليها، فيعطى للزوج تسعة، وللأم ثلاثة وللأخت لأب وأم تسعة، وللأخت لأب ثلاثة، وللأخت لأم ثلاثة، فإن رجعت المفقودة حية كانت لها، وإن علم أنها كانت ميتة يوم مات هذا الميت، فهى للجدات لكل واحد سهم.

امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأمًا وثلاثة إخوة لأب وأخًا ولأم والأخ لأب وأم مفقود، فنقول: لو كانت المفقود حيًا كانت الفريضة من ستة، لأم سهم، وللزوج ثلاثة، والباقى [للأخ لأب وأم، ولو كان ميتًا أصل الفريضة من ستة، ويصح من ثمانية عشر للأم سهم، وللزوج ثلاثة والباقى][1] وذلك سهمان للإخوة، ولا يستقيم عليهم، فيضرب عددهم وذلك ثلاثة فى أصل المسألة وذلك ستة، فيصير ثمانية عشر، فالمسألة الأولى من ستة والثانية من ثمانية عشر فيكتفى بالأكثر سهمًا، ويدخل الأقل فيها، فيعطى للزوج تسعة، وللأم ثلاثة والباقى، وذلك ستة للإخوة لأب لكل واحد سهمان.

امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأبوين وابنين، وأحد الابنين مفقود، فنقول: لو كان المفقود حيًا كان أصل الفريضة من اثنى عشر، للزوج ثلاثة وللأبوين أربعة، والباقى للابنين وذلك خمسة، ولا يستقيم عليهما، فيضرب عددهما فى أصل المسألة، فيصير أربعة وعشرين، ولو كان المفقود ميتًا كان أصل المسألة من اثنى عشر، فدخل الأقل فى أكثر، فيكتفى بالأكثر، فيعطى للزوج ستة، وللأبوين ثمانية، وللابن الحاضر خمسة.

---

(١) زيد من ف وم.

القسم الثالث : أن يكون إحدى المسألتين موافقة للأخرى غير مساوية ولا معادلة، فاضرب وفق أحدهما فى جميع الأخرى، فما بلغ فمنه يصح القسمة، ثم اضرب سهام كل وارث من إحدى المسألتين فى وفق الأخرى، ثم اضرب سهامه أيضًا من المسألة الثانية فى وفق المسألة الأولى، وأعطهِ أقل الأمرين، مثاله : ست أخوات متفرقات وزوج مفقود فنقول : لو كان الزوج المفقود حيّا، فأصل المسألة تكون من ستة، للأختين لأب وأم الثلثان أربعة، وللأختين لأم الثلث سهمان، وللزوج النصف ثلاثة، فيعول إلى تسعة، ولو كان الزوج ميتًا كان أصل الفريضة من ثلاثة، وتصحيحها من ستة، فالمسألة الأولى من تسعة، وبينهما موافقة بالأثلاث، فاضرب وفق أحدهما فى جميع الأخرى، فيكون ثمانية عشر، ومنها يصح، فمن له شيء من التسعة مضروب فى وفق الستة، ومن له شيء من الستة مضروب فى وفق التسعة، ثم يعطى ما هو الأقل من النصيبين، ففى هذه المسألة كان للأختين لأب وأم أربعة من التسعة مضروبًا فى وفق الستة وهو اثنان، فيكون ثمانية، وكان لهما من الستة أربعة مضروبًا فى وفق التسعة، فيكون اثنى عشر، فعلمنا أن أقل نصيبهما ثمانية، ويعطى الثمانية، وأما الأختان لأم كان لهما من التسعة سهمان مضروبان فى وفق الستة وهو اثنان، فيكون أربعة، وكان لهما من الستة سهمان مضروبان فى وفق التسعة، فيكون ستة، فعلمنا أن لهما أربعة وهو اليقين؛ لأنه الأقل، فقد خرج من ثمانية عشر ذهب اثنا عشر فبقى ستة فوقها، فإن رجع الزوج، فهو له وإن تبين موته رد إلى الأختين لأب وأم تمام الثلثين وهو أربعة أسهم ليكمل لهما اثنى عشر، ويعطى الأختين لأم سهمًا ليكمل لهما تمام الثلث ستة.

وإذا ماتت المرأة وتركت زوجًا وأمّا وأخوين لأم وأختًا لأب وأم مفقودة، فيعمل أولا على أن المفقودة حى، فيكون أصل المسألة من ستة يعول إلى تسعة، ثم يعمل على أنها ميتة، فيكون أصل الفريضة وقسمتها من ستة وبين الفريضتين موافقة بالثلث، فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر، فيكون ثمانية عشر، كان للزوج ثلاثة من تسعة مضروبًا فى وفق ستة، وذلك اثنان، فيكون ستة، وكان له ثلاثة من ستة مضروب فى وفق تسعة، وذلك ثلاثة، فيكون تسعة، فيعطى له ستة؛ لأنها أقل نصيبه، وكان للأم سهم من تسعة مضروبًا فى وفق ستة، وذلك اثنان، فيكون اثنين، وكان لها سهم من ستة مضروبًا فى وفق تسعة وذلك ثلاثة، فيكون له ثلاثة، فيعطى لها سهمان؛ لأنها أقل

نصيبها، وكان للأخوين لأم سهمان من تسعة مضروبًا فى وفق ستة، وذلك اثنان، فيكون أربعة، وكان لهما سهمان من ستة مضروبًا فى وفق تسعة وثلاثة، فيكون ستة، فيعطى لهما أربعة؛ لأنها أقل نصيبهما، فجملة ما أعطيناهم اثنى عشر من ثمانية عشر بقى إلى تمام ثمانية عشر ستة، فهى موقوفة، فإن عادت المفقودة، فالستة لها، وإن ظهر أنها كانت ميتة يوم مات هذا الميت يرد الستة على هؤلاء إتمامًا لحقهم، يرد على الزوج تمام النصف ثلث، ويرد على الأم تمام السدس سهم، ويرد على الأخ لأم تمام الثلثين سهمان.

وإذا ترك الرجل أبوين وابنتين وست أخوات متفرقات، فزوجة مفقودة يعمل أولا على أن المفقودة حية، فيكون المسألة من أربعة وعشرين للزوجة الثمن ثلاثة، وللأبوين الثلث ثمانية، وللابنتين الثلثان ستة عشر، فعالت إلى سبعة وعشرين، ثم يعمل على أنها ميتة، فيكون المسألة من ستة للأبوين الثلث سهمان من ستة، وللبنتين الثلثان أربعة من ستة، فالمسألة الأولى من سبعة وعشرين، والثانية من ستة، وبينهما موافقة بالثلث، فاضرب وفق إحدى الفريضة من جميع الآخر، فيكون أربعة وخمسين، وكان للأبوين ثمانية من سبعة وعشرين ضربناهما فى وفق الستة، وذلك اثنان، فيصير ستة عشر، وكان لهما سهمان من ستة ضربناهما فى وفق سبعة وعشرين، وذلك تسعة، فيكون ثمانية عشر، فيعطى لهما ستة عشر؛ لأنه أقل نصيبهما، وكان للبنتين ستة عشر من سبعة وعشرين مضروبًا فى وفق الستة، فيصير اثنين وثلاثين، وكان لهما أربعة من ستة ضربناهما فى وفق سبعة وعشرين، فيكون ستة وثلاثين، فيعطى لهما اثنان وثلاثون؛ لأنها أقل نصيبهما بقى هناك ستة أسهم توقف هذه، فإن علم أنها كانت حية يوم مات هذا الميت كان ذلك لها، وإن علم أنها كانت ميتة فى ذلك يرد من الموقوف سهمان على الأبوين تمام الثلث، وأربعة على الابنتين تمام الثلثين.

وإذا ماتت المرأة وتركت زوجًا وثلاث أخوات متفرقات وأخًا لأب وأم مفقود يعمل أولا أن المفقود حى، فيكون المسألة من ستة، ويصح من ثمانية عشر، ويعمل على أنه ميت، فيكون المسألة من ستة، وتعول إلى ثمانية، ويصح منها، وبين المسألتين موافقة بالنصف، فاضرب نصف أحدهما فى جميع الآخر، فيكون اثنين وسبعين، كان للزوج تسعة من ثمانية عشر مضروب فى وفق الثمانية وهى أربعة، فيكون ستة وثلاثين، وله من

الثمانية ثلاثة مضروب فى وفق ثمانية عشر وهو تسعة، فيكون سبعة وعشرين، فيعطى له سبعة وعشرين؛ لأنه أقل نصيبه، وكان للأخت لأم من ثمانية عشر ثلاثة، مضروب فى وفق الثمانية، فيكون اثنى عشر، ولها من الثمانية سهم، مضروب فى وفق ثمانية عشر، فيكون تسعة، فيعطى لها تسعة؛ لأن هذه أقل نصيبها، وكان للأخت لأب وأم سهمان من ثمانية عشر، مضروب فى وفق الثمانية، فيكون ثمانية، ولها من الثمانية ثلاثة مضروبة فى وفق ثمانية عشر، فيكون سبعة وعشرين، فيعطيها أقل نصيبها ثمانية؛ لأنه خرج من اثنين وسبعين ذهبت أربعة وأربعين يبقى ثمانية وعشرون ثلثه، فهو موقوف، فإن رجع حيّا رد من الموقوف على الزوج تمام النصف معه ليكمل له ستة وثلاثين، ويرد إلى الأخت لأم تمام السدس ثلاثة ليكمل لها اثنى عشر، ويبقى ستة عشر، فذلك له، فإن علم أنه كان ميتًا قبل ذلك، فللزوج ما أخذ، وذلك تمام حقه، وللأخت لأم ما أخذت وهو تمام حقها، ويزاد للأخت لأب وأم تسعة عشر، فيكمل لها سبعة وعشرون، وهو ثلاثة أثمان المال، ويدفع إلى الأخت لأب تسعة وهو تمام حقها.

القسم الرابع: أن يكون إحدى المسألتين غير موافق للأخرى ولا يعدلها ولا يساويها، فاضرب أحدهما فى جميع الأخرى [فلما بلغ فمنه يصح القسمة ثم اضرب سهام كل وارث من إحدى المسألتين فى جميع الأخرى][1]، واضرب سهامه من المسألة الثانية فى جميع الأولى، ثم ادفع إليه أقل الأمرين، مثاله: ثلاثة إخوة متفرقات وأم وأخ لأم وزوج مفقود إن كان الزوج حيًا، فالمسألة من ستة، وتعول إلى عشرة، ويصح منها، وإن كان الزوج ميتًا، فالمسألة من سبعة، ويصح منها، وليس إحدى المسألتين جزءً من الأخرى، ولا موافقة بينهما، فاضرب إحداهما فى الأخرى، فيكون سبعين، فمنها تصح القسمة، فمن له شيء من العشرة، مضروب فى سبعة، ومن له شيء من السبعة، مضروب فى جميع العشرة، ويعطى ما هو الأقل، فنقول: كان للأم سهم من عشرة، مضروب فى سبعة، فيكون سبعة، وكان لها من السبعة سهم، مضروب فى عشرة، فيكون عشرة، فيعطى لها سبعة؛ لأنها أقل نصيبها، ومثله للأخت للأم ومثله للأخ لأم، ومثله الأخت لأب، وكان للأخت لأب وأم ثلاثة من سبعة مضروب فى عشرة، فيكون ثلاثين، ولها من العشرة ثلاثة مضروب فى سبعة، فيكون إحدى وعشرين، فعلمنا أن

---

(١) زيد من ف وم.

أقل نصيبها أحد وعشرين، فلها ذلك، فخرج من سبعين تسعة وأربعون، ويبقى أحد وعشرون، فهو موقوف، فإن رجع المفقود، فله ذلك، وإن علم أنه كان ميتًا قبل ذلك يرد من الموقوف إلى الأخت لأب وأم تسعة ليتم لها ثلاثة أسباع المال، وإلى الأخت لأم تمام السبع ثلاثة، وإلى الأخ لأم مثله، وإلى الأخت لأب مثله وإلى الأم مثله.

إذا ترك ستة أخوات متفرقات وأمّا مفقودة، إن كانت حية، فالمسألة من ستة، وتعول إلى سبعة، وإن كانت ميتة، فالمسألة من ثلاثة، وتصح من ستة، وليس إحدى المسألتين جزء من الأخرى، ولا موافقة بينهما، فاضرب إحداهما في الأخرى، فيكون اثنين وأربعين، ومنها يصح، فادفع إلى الأختين لأم اثني عشر، وإلى الأختين لأب وأم أربعة وعشرين، ويبقى ستة فنوقفها، فإن رجعت رد إليها، وإن تبين أنها ماتت قبل ذلك رد من الموقوف إلى الأختين لأم تمام الثلث سهمين، وإلى الأختين لأب وأم تمام الثلثين أربعة -والله أعلم-.

الفصل الثالث والثلاثون
فى ميراث القاتل

٢١٢٠١- اعلم أن القتل مباشرة بغير حق سبب لحرمان الميراث عمدًا كان أو خطأ، روى أبوهريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يرث القاتل»[1]، وعن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ليس للقاتل من الميراث شيء»[2]، وكان حرمان القاتل عن الميراث متوارثًا من لدن بنى إسرائيل إلى يومنا هذا، روى عن عبيدة السلمانى أنه قال: لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة، وعن ابن عباس أنه قال: لا يرث قاتل الخطأ مالا ولا دية، والمعنى فى القتل عمدًا أن القاتل بقتل المورث يفعل ما هو محظور شرعًا قصد استعجال الميراث، فجوزى بالحرمان، إما عقوبة عليه أو ردّا لقصده، وفى الخطأ نقول: هذا الفصل محظور شرعًا، فيجازى بالحرمان كما فى العمد.

بيانه: أنه محظور شرعًا؛ لأن هذا المحظور مباح، والمحل غير قابل للقتل المباح إلا جزاء على جريمة، وكما لا يتصوّر أصل الفعل فى غير محله لا يتصور ثبوت صفة الإباحة للفعل فى غير محلها، فعلمنا أن هذا القتل محظور، ولهذا تعلق به الكفارة وهى ستارة للذنب، وبه تبين أن الخاطب ليس بمعذور، بل هو آثم، ألا ترى أنه تعلق بفعله ما هو ستارة بالذنب، وإذا لم يعذر فى حق تعلق الإثم بفعله جاز أن لا يعذر فى حق حرمان الميراث بفعله، توضيحه أن تهمة القصد فى استعجال الميراث متحقق، فمن الجائز أنه كان

(١) أخرجه أبو داود فى "سننه" ٤/ ١٨٩ (٤٥٦٤) وأحمد فى "مسنده" ١/ ٤٩ (٣٤٦) وعبد الرزاق فى "مصنفه" ٩/ ٤٠٥ (١٧٧٩٤) وابن أبى شيبة أيضًا فى "مصنفه" ٦/ ٢٨١ (٣١٤١٠) والطحاوى فى "شرح معانى الآثار" ٣/ ٢٦٦ والدارقطنى فى "سننه" ٤/ ١٢٠ (٣) والربيع فى "مسنده" ١/ ٢٦١، ٢٦٤ (٦٦٨) والبيهقى فى "الكبرى" ٨/ ١٨٦ (١٦٥٥٢) والدارمى فى "مسنده" ٢/ ٤٧٨ (٣٠٨٠).

(٢) أخرجه الدارقطنى فى "سننه" ٤/ ٩٦ (٨٧) و٤/ ٢٣٧ (١١٧) والنسائى فى "الكبرى" ٤/ ٩٧ (٦٣٦٧) والطبرانى فى "الأوسط" ١/ ٢٧١ (٨٨٤) والبيهقى فى "الكبرى" ٦/ ٢٢٠ (١٢٠٢١).

قاصداً إلى ذلك، وأظهر الخطأ من نفسه، فجعل هذا التوهم كالمتحقق في حق حرمان الميراث، وكذلك قاتل هو في معنى المخطئ كالنائم إذا انقلب على مورثه، وقتله لتوهم أنه تناوم، وقصد استعجال الميراث، وكذلك إذا سقط من سطح على مورثه فقتله، أو وطئ بدابته مورثه وهو راكبها؛ لأنه مباشر للقتل، وإنما مات المقتول بثقله ويتوهم قصده إلى الاستعجال، والقائد في هذا الحكم يخالف الراكب، فإن القائد لا يحرم عن الميراث.

فأما القتل سببًا : فليس بسبب بحرمان الميراث كما لو حفر الرجل بئراً على قارعة الطريق، أو وضع حجراً في الطريق، أو خرج ظلة إلى الطريق، فتلف به مورثه لا يحرم ميراثه؛ لأن المعنى الذي لأجله يثبت الحرمان في المباشرة، وهو القصد إلى تعجيل الميراث، أو توهم القصد لا يتأتى ههنا؛ لأنه ما كان يدري أن مورثه هل يمر في هذا الطريق، فيصيبه هذه الأشياء أو لا يمر، فلا يتصور القصد إلى قتل المورث بهذه الأسباب على أنا نقول : إن فاعل هذه الأفعال ليس بقاتل، ألا ترى أنه لو فعل هذا في ملكه لم يكن مؤاخذاً بفعله، والقاتل مؤاخذ بفعله، وإن حصل القتل في ملكه، ولأنه لو صار قاتلا إما أن يصير قاتلا بنفس الحفر، ولا يوجه إليه لأن القتل لا يتم إلا بمقتول ولا مقتول وقت الحفر، وإما أن يصير قاتلا وقت الوقوع، ولا وجه إليه؛ لأن الحافر قد يكون ميتًا وقت الوقوع، والميت لا يصلح قاتلا، وإذا ثبت أنه ليس بقاتل، لم يكن عليه جزاء القتل من حرمان الميراث، ووجوب الكفارة وجوب الدية عليه أيضًا لصيانة دم المقتول عن الهدر، وذلك لا يدل على كونه قاتلا، ألا ترى أن الدية تجب على العاقلة مع أن العاقلة ليسوا بقتلة، وأما الصبي والمجنون إذا قتل مورثه، لم يحرم عن الميراث عندنا؛ لأن حرمان الميراث جزاء القتل المحظور شرعًا، وفعلهما لا يوصف بالحظر به شرعًا؛ لأن المحضور ما يجب الامتناع عنه لخطاب الشرع، وذلك لا يثبت في حقهما.

٢١٢٠٢- الأب إذا ختن ولده، أو حجمه، أو ربط فرجه، ومات من ذلك لم يحرم عن الميراث عندنا؛ لأن هذا فعل مباح له شرعًا، وحرمان الميراث جزاء القتل المحظور، فهو وما لو قتل مورثه بحق سواء، وإذا أدب الأب ابنه بالضرب، ومات من ذلك، فعلى قول أبي حنيفة : يضمن ديته عن الميراث، وعلى قولهما : لا يضمن ديته، ولا يحرم عن الميراث، والمعلم إذا ضرب الصغير بإذن أبيه، لا يضمن شيئًا بالاتفاق، قال

محمد: وهذا عندنا عن أبي حنيفة رحمه الله ترك لقوله، قيل: هذا منه دعوى المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله، وجهه أن الأب لما أثر في إسقاط الضمان عن المعلم، ففعل الأب بنفسه، كيف يوجب الضمان على الأب، وحال الأب أقوى من حال المعلم، وقيل: بل هو استدلال على رجوعه على جوابه في الفصل الأول، قال شمس الأئمة السرخسي: وهو الصحيح، وقد ذكرنا هذه المسألة بتمامها في كتاب الجنايات من هذه النسخة.

٢١٢٠٣- وإذا قتل الرجل أباه خطأ، وللمقتول أم وامرأة، كان على عاقلة الابن الدية ترث أم المقتول من ذلك، ومن سائر أمواله الثلث، وللمرأة الربع، والباقي للعصبة إن كان، وإن لم يكن، فالباقي يرد على الأم، والمذهب عندنا أن دية المقتول يكون ميراث لجميع ورثته كسائر أمواله، ومن الناس من قال: ليس للزوج والزوجة من دية المقتول نصيب؛ لأن وجوب الدية بعد الموت، والزوجية ترتفع بالموت بخلاف القرابة، لكنا نستدل بما روى عن ضحاك بن سفيان الكلابي أنه قال: "أمرني رسول الله ﷺ أن أورث امرأة أشيم أمواله"(١)، وما يقول: بأن الدية تجب بعد الموت، والزوجية ترتفع بعد الموت، قلنا: استحقاق الإرث باعتبار الزوجية القائمة إلى وقت الموت المنتهية بالموت، وفي حق هذا المعنى الدية بمنزلة سائر الأموال.

٢١٢٠٤- وإذا قتل الرجل وترك ثلاثة إخوة قتل أحدهم إياهم عمداً فللباقين أن يقتلاه؛ لأن السبب الموجب القود وهو العمد، قد تحقق منه ولا نصيب له في ذلك، فإن القاتل محروم عن الميراث، فإن مات أحد الأخوين الباقين، لم يكن للباقي أن يقتله؛ لأن نصيب الميت من القصاص صار ميراثًا بموته بين أخويه، والقاتل يرث أخاه؛ لأنه ليس بقاتل له، فلا يحرم الميراث منه، وإذا ورث جزء من القصاص الواجب عليه سقط ذلك

---

(١) أخرجه أبو داود في "سننه" ٣/ ١٣٩ (٢٩٢٧) والترمذي في "سننه" أيضًا ٤/ ٢٧ (١٤١٥) و٤/ ٤٢٥ (٢١١٠) والضياء في "الأحاديث المختارة" ٨/ ٨٥، ٨٦، ٨٧ (٨٥، ٨٧، ٨٩) وابن الجارود في "المنتقى" ١/ ٢٤٣ (٩٦٦) والشافعي في "مسنده" ١/ ٢٠٣، والدارقطني ٤/ ٧٦ (٢٧) و٤/ ٧٧ (٣٠) والبيهقي في "الكبرى" ٨/ ١٣٤ (١٦٢٦٥، ١٦٢٦٦) والنسائي في "الكبرى" ٤/ ٧٨، ٧٩ (٦٣٦٣)، ومالك في "الموطأ" ٢/ ٨٦٦ (١٥٥٦) وابن أبي شيبة في "مصنفه" ٥/ ٤١٦ (٢٧٥٥٠) وعبد الرزاق في "مصنفه" ٩/ ٣٩٧ (١٧٧٦٤) وأحمد في "مسنده" ٣/ ٤٥٢ (١٥٧٨٣) والطبراني في "الأوسط" ١/ ٣٠٤ (٨٩٨).

عنه، وانقلب نصيب الآخر مالا، فعليه ثلاث أرباع الدية فى ماله للأخ الباقى فى ثلاث سنين، ألا ترى أنه لو عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا، فكذلك إذا سقط جزء من القصاص عن القاتل باعتبار أنه ملكه بالميراث.

٢١٢٠٥- ولو أن أخوين وأختًا لأب وأم قتل أحد الأخوين الأم عمدًا والزوج وارث معهم وهو أبوهم، فللأخ الباقى والأخت والزوج أن يقتلوا القاتل؛ لأن القاتل محروم عن ميراث أمه بالقتل، فإن لم يقتلوه حتى مات الأخ الباقى، فللأخت والزوج أن يقتل القاتل؛ لأن الأخ الباقى مات عن أخ وأخت وأب، فيكون نصيبه للأب، ولا شيء للأخ والأخت من نصيبه، فلم يرث القاتل شيئًا من القصاص بموت أخيه، فإن مات الأب بعد ذلك، لم يكن للأخت أن يقتله؛ لأن نصيب الأب من القصاص، صار ميراثًا بين القاتل وأخته، فإنه ليس بقاتل لأبيه، فلا يكون محرومًا عن ميراثه، ويكون لها عليه نصف الدية؛ لأن الأب كان ورث من امرأته الربع، وهو ثلاثة من اثنى عشر، وما بقى وهو تسعة بين الأخ والأخت أثلاثًا للأخ ستة، وللأخت ثلاثة، فلما مات الأخ، صار نصيبه للأب، فإنما مات الأب عن تسعة، فيكون ذلك بين الأب والابنة أثلاثًا للابن ستة، وللابنة ثلاثة، فعرفنا أنه اجتمع للأخت ستة من اثنى عشر، وذلك النصف، فلهذا كان لها نصف الدية.

٢١٢٠٦- ولو أن أخوين وأختًا قتل أحد الأخوين أباهم، وقتل الآخر أمهم، فإن قاتل الأم يقتله قاتل الأب مع الأخت، ولا يقتل قاتل الأب؛ لأن قاتل الأب كان مستوجبًا للقصاص، وللأم من ذلك نصيب، فلما صار بعض ذلك ميراثًا منها لقاتل الأب؛ لأنه ليس بقاتل للأم، فسقط عنه القصاص، وقاتل الأم قد لزمه القصاص، ولم يسقط عنه شيء من ذلك بملكه، فيقتل قصاصًا، ويغرم قاتل الأب للأخت ثمانية وثلاثين سهمًا من اثنين وسبعين سهمًا من الدية؛ لأن الأب خلف امرأته وابنًا وابنة، فتكون القسمة من أربعة وعشرين، للمرأة ثلاثة، وللابن أربعة عشر، وللابنة سبعة، فحين قتل الآخر الأم، فنصيبها ميراث بين قاتل الأب والابنة أثلاثًا، فحصل للابنة ثمانية مضروبة فى ثلاثة، فذلك أربعة وعشرون، وكان الذى لا يستقيم بينها وبين الابن أربعة عشرة مضروب فى ثلاثة، فيكون اثنين وأربعين، لها من ذلك الثلث أربعة عشر، فإذا ضمت أربعة عشر إلى أربعة وعشرين، يكون ثمانية وثلاثين، فلهذا قال: يغرم لها ثمانية

وثلاثين سهمًا من اثنين وسبعين سهمًا من الدية، ويبطل عنه ما سوى ذلك ستة بالميراث عن أمه وثمانية وعشرون بالميراث عن أخيه -والله أعلم-.

الفصل الرابع والثلاثون
فى ميراث الخنثى

٢١٢٠٧- الخنثى : هو الذى لا يعلم أنه ذكر أو أنثى بأن يكون له ذكر ، وقيل : طريق معرفة حاله أنه ذكر أو أنثى قبل البلوغ بالبول ، فإن كان يبول من حيث يبول الغلام يحكم بكونه غلامًا ، ويرث ميراث الغلام ؛ لأن علامة الذكورة قائمة صورة ومنفعة ، أما صورة فظاهر ، وأما منفعة فإن المنفعة الأصلية للذكر خروج البول ، وعلامة الأنوثة قائمة صورة لا منفعة ، ولا شك أن اعتبار ما هو قائم صورة ومنفعة أولى ، وإذا لم يعتبر علامة الأنوثة صار وجودها والعدم بمنزلة ، ولو عدم لا شك أنه يحكم بكونه ذكرًا ، وبعض مشايخنا قالوا : إذا بال من حيث يبول الرجال يجعل المعنى الآخر فيه نقصان الخلقة كالإصبع الناقصة ، وإن كان يبول من حيث يبول الأنثى يحكم بكونه أنثى ، ويرث ميراث الأنثى ، فإن علامة الأنثى قائمة صورة ومنفعة ، وعلامة الذكور قائمة صورة لا منفعة ، فكانت العبرة لعلامة الأنثى ، وجعل الآخر فيه زيادة خلقة ، والأصل فى تحكيم البول فى هذا الباب قوله عليه السلام : «الخنثى يورث من حيث يبول»[1] ، وعن على رضى الله عنه مثله .

وإن كان البول يخرج من المبالين جميعًا فالحكم لأسبقهما خروجًا ؛ لأن العلامتين قائمتان صورة ومنفعة ، فيترجح السابق ، فللسبق عبرة فى كثير من أحكام الشريعة ، فإن كان البول يخرج منهما معًا ، وهو مشكل عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : ينظر إلى أكثرها خروجًا ، وإن استويا فى مقدار الخارج ، فهو مشكل عندهما أيضًا ، فينظر إلى ما يؤول حاله ، وما يكون منه فى حال بلوغه ؛ لأنه بعد ما بلغ لا بد وأن يكون منه حبل ، أو يزول منى ، أو يزول حيض أو نبات اللحية أو إحبال أو عظم الثديين ،

(١) أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٦/ ٢٧٧ (٣١٣٦٨) وأحمد بن حنبل فى "العلل ومعرفة الرجال" ٢/ ٢٤٤ (٢١٢٨) موقوفًا على سعيد بن المسيب لا مرفوعًا كما أخرجه ابن أبى شيبة أيضًا موقوفًا على جابر بن زيد وسعيب بن المسيب .

فجعل بعض ذلك علامة ذكورته، والبعض علامة أنوثته، وعن الحسن: أنه يعد أضلاعه، فإن ضلع المرأة ينقص عن ضلع الرجل بواحدة، وحكى أبو الحازم القاضى عن ابن سيرين: أنه إذا كان ثديه مستدليًا[1] مستقيلا، فهى امرأة.

والحكم فى توريث الخنثى المشكل أن يعطى له ميراث النساء إلا أن يكون أسوأ أحواله أن يكون ذكرًا، فيجعل ذكرًا وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمه الله، وقال الشعبى وابن ابى ليلى والثورى والنووى: يعطى له نصف نصيب الذكر ونصف نصيب الأنثى، وهو مذهب ابن عباس.

٢١٢٠٨- جئنا إلى المسائل: هلك الرجل، وترك ابنًا وخنثى مشكلا فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله المال بينهما أثلاث، ثلثاه للابن وثلثه للخنثى وهو ميراث البنات، وعلى قول الشعبى وهو قول ابن عباس إذا كان الخنثى ذكرًا، فله نصف المال، والمسألة من اثنين، وإن كان أنثى، فلها ثلث المال والحساب من ثلاثة، فقد اجتمع فى حقه الثلث والنصف، فيعطى له نصف ما اجتمع له، وذلك ربع وسدس، والباقى للابن.

٢١٢٠٩- ولو ماتت امرأة، وتركت زوجًا وأختًا لأب وأم وخنثى لأب، فللزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى، لأن أسوأ حالها فى الصورة أن يجعل ذكرًا، فإنا لو جعلناها ذكرًا لا يصيبها شيء، ولو جعلناها أنثى نصيبها السدس، وتعول المسألة من ستة إلى سبعة، فجعلناها ذكرًا، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحهما الله.

٢١٢١٠- وإذا هلك الرجل، وترك زوجة وأختًا لأب وأم وجدة وخنثى، فللخنثى نصف السدس، فهذا قول أبى حنيفة رحمه الله، ولو ترك أبوين وولدًا خنثى، فعلى قول أبى حنيفة: للأبوين سهمان من خمسة، وللخنثى ثلاثة من خمسة؛ لأن الخنثى لو كان ذكرًا كانت الفريضة من ستة للأبوين السدسان، وللابن أربعة، ولو كانت أنثى كان للأبوين سهمان من ستة وللابنة ثلاثة، والسهم الباقى يرد عليهم على خمسة، فيصيب البنت فى هذه الصورة ثلاثة من خمسة، فيعطى للخنثى ذلك.

---

(١) وفى م "مستديرًا".

ولو ترك زوجة وابنًا وولدًا خنثى ، فعلى قول من يقول : بنصف النصيبين ، يقول : إن كان الخنثى ذكرًا فالمسألة من ثمانية ، ويصح من ستة عشر ، للمرأة سهمان ، ولكل ابن سبعة ، وإن كان أنثى ، فالمسألة من ثمانية ، والصحيح من أربعة وعشرين ، ولها من ذلك سبعة ، وإحدى المسألتين من ستة عشر ، والأخرى من أربعة وعشرين ، وبينهما موافقة بالأثمان ، فاضرب ثمن إحداهما فى الأخرى ، فيكون ثمانية وأربعين ، وعليها يقسم المال ، فللمرأة ثمن ذلك ستة ، فيبقى اثنان وأربعون ، وللخنثى إذا كان ذكرًا أحد وعشرون ، وإن كان أنثى أربعة عشر ، فيجمع ذلك ، فيكون خمسة وثلاثين ، فللخنثى نصف ذلك وهو سبعة عشر ونصف ، والباقى للابن وهوأربعة وعشرون ونصف ، وينقل المسألة إلى ستة وتسعين ليزول الكسر ، وعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أصلها من ثمانية ، ويصح من أربعة وعشرين ؛ لأنه يجعل للخنثى أدنى الحالين ، وذلك حالة الإناث ، فيكون الباقى سبعة بين الابن والخنثى على ثلاثة ويصح من أربعة وعشرين .

رجل مات ، وترك ابنًا وابنةً وولدًا خنثى ، فنقول : لو كان الخنثى أنثى ، فكانت الفريضة من أربعة ، ولو كان الخنثى ذكرًا كانت الفريضة من خمسة ، فاضرب حال التأنيث فى حال التذكير وهو أربعة فى خمسة ، فصار عشرين ، ثم فى حالين ، فصار أربعين ، منها تخرج المسألة صحيحة ، فنقول : لو كان الخنثى ذكرًا لكان لها خمسًا المال ستة عشر ، ولو كان الخنثى أنثى لكان لها ربع المال عشرة أسهم ، فلها نصف الحالين ، وذلك ثلاثة عشر ، وبقى سبعة وعشرين بين الابن والابنة ، للذكر مثل حظ الأنثين .

وإن ترك ابنين وابنتين وولدًا خنثى ، فنقول : لو كان الخنثى أنثى لكان الفريضة من سبعة ، ولو كان الخنثى ذكرًا لكان الفريضة من ثمانية ، فاضرب حال التأنيث فى حال التذكير ، وذلك سبعة فى ثمانية ، فصارت ستة وخمسين ، ثم فى الحالين ، فصار مائة واثنى عشر ، فنقول : لو كان الخنثى ذكرًا لكان له ثمانية سهمان وهو الربع ، وذلك ثمانية وعشرون ، ولو كان الخنثى أنثى لكان لها سبع المال ست عشر ، فصار للخنثى فى حالين أربعة وأربعون ، فلها نصف الحالين ، وذلك اثنان وعشرون ، وبقى تسعون سهمًا بين الابنين والابنتين للذكر مثل حظ الأنثيين لكل ابنة خمسة عشر ولكل ابن ثلاثون .

وإن ترك ثلاث بنين وثلاث بنات وولدًا خنثى فكانت الفريضة من عشرة أسهم ،

ولو كان الخنثى ذكرًا لكانت الفريضة من أحد عشر ، فاضرب عشرة فى أحد عشر ، فيكون مائة وعشرة ، ثم فى حالين ، فصار مائتين وعشرين منها تخرج المسألة صحيحًا ، فنقول : لو كان الخنثى أنثى لكان لها عشر جميع المال اثنان وعشرون ، ولو كان الخنثى ذكرًا لكان لها جزءان من أحد عشر وهو أربعون سهمًا فصار للخنثى فى حالين اثنان وستون ، فلها نصف الحالين أحد وثلاثون سهمًا ، وبقى مائة وتسعة وثمانون سهمًا بين البنين والبنات للذكر مثل حظ الأنثيين لكل ابنة أحد وعشرون ولكل ابن اثنان وأربعون ، وإن شئت قلت : كان للخنثى فى حال التأنيث سهم من عشرة ، وفى حال التذكير سهمان من أحد عشر ، فاضرب نصيبها الذى فى حال التأنيث فى فريضة التذكير ، ونصيبه الذى فى حال التذكير فى فريضة التأنيث ، فاجمع ذلك كله ، فما اجتمع ، فذلك نصيب الخنثى ، وهو أن يقول فى هذه المسألة : كان للخنثى فى حال التأنيث فى فريضة التذكير ، ونصيبه الذى فى حال التذكير فى فريضة التأنيث فاجمع ذلك كله ، فما اجتمع ، فذلك نصيب الخنثى ، وهو أن يقول : فى هذ المسألة كان للخنثى فى حال التأنيث سهم من عشرة مضروب فى أحد عشر ، فيكون فى أحد عشر ، وكان للخنثى فى حال التذكير سهمان من أحد عشر مضروب فى عشرة ، فصار عشرين ، فجميع ذلك أحد وثلاثون ، ولكل ابنة فى حال التأنيث سهم من عشرة ، فاضربه فى أحد عشر ، فيكون أحد عشر ، ولكل ابنة فى حال التذكير سهم من أحد عشر ، فاضربه فى عشرة ، فصار عشرة ، فجميع ذلك أحد وعشرون ، وذلك نصيب كل ابنة ولكل ابن مثلى ذلك .

٢١٢١١- رجل مات ، وترك ولدًا خنثى وعصبة ، فنقول : لو كان الخنثى أنثى لكانت الفريضة من سهمين ، ولو كان الخنثى ذكر ، لكانت الفريضة من سهم ، فاضرب حال التذكير فى حال التأنيث ، وهو اثنان فى واحد ، فيكون اثنين ، ثم اضربه فى حالين ، فصار أربعة ، ولو كان الخنثى ذكرًا لكان له جميع المال أربعة ، ولو كان الخنثى أنثى ، لكان لها نصف المال ، فصار للخنثى فى حال أربعة ، وفى حال سهمين ، فلها نصف الحالين ثلاثة أسهم ، وبقى سهم ، فهو للعصبة .

فإن ترك ولدين خنثى وعصبة ، فنقول : لو كانا ذكرين لكان المال بينهما نصفين ، وكانت الفريضة من سهمين ، ولو كانا اثنين لكانت الفريضة من ثلاثة ، ولو كان الأول ذكرًا ، والآخر أنثى ، أو كان الأول أنثى ، والآخر ذكرًا ، فكانت الفريضة من ثلاثة ،

فصارت الفريضة فى ثلاثة أحوال من ثلاثة، وفى حال من سهمين، فيجرى ثلاثة هى بأمثالها، فاضرب ثلاثة فى اثنين، فصار ستة فى أربعة أحوال، فصارت أربعة وعشرين سهمًا، فمنها تصح الفريضة، فنقول: لو كانا ذكرين لكان لهما جميع المال أربعة وعشرون، ولو كانا أنثيين لكانت الفريضة من ثلاثة، ولو كان الأول ذكرًا، والآخر أنثى، وكان الأول أنثى، والآخر ذكرًا لكانت الفريضة من ثلاثة، فصارت الفريضة فى ثلاثة أحوال من ثلاثة، وفى حال من سهمين، فيجرى ثلاثة هى بأمثالها، فاضرب ثلاثة فى اثنين، فصارت ستة فى أربعة أحوال، فصارت أربعة وعشرين سهمًا، فمنها تصح الفريضة، فنقول: لو كانا ذكرين لكان لهما جميع المال أربعة وعشرون، ولو كانا أنثيين لكان لهما ثلثا المال ستة عشر، ولو كان أحدهما ذكر، والآخر أنثى لكان لهما جميع المال أربعة وعشرون، فصار لهما فى جميع الأحوال ثمانية وثمانون، فلهما ربع ذلك اثنان وعشرون بقى سهمان وهو للعصبة.

٢١٢١٢- رجل مات، وترك أختًا لأب وأم خنثى وأخت الأم خنثى وعصبة، فنقول: لو كانت الأخت لأب وأم أنثى كانت الفريضة من ستة، ولو كانت ذكرًا كانت الفريضة من ستة، فستة[1] يجرى عن ستة، فيضرب ستة فى حالين، فصار اثنى عشر، للأخت من الأم منها سهمان ذكرًا كان أو أنثى، وبقى من المال عشرة أسهم، فهو للأخ من الأب والأم لو كان ذكرًا، ولو كان أنثى لكان له نصف المال ستة أسهم، صار للتى من قبل الأب والأم فى حال ستة، وفى حال عشرة، فلها نصف الحالين ثمانية أسهم، وبقى سهمان، وهو للعصبة.

فإن ترك أختًا لأب وأم خنثى وأختًا لأب خنثى، فنقول: لو كانت أنثيين جميعًا كانت الفريضة من ستة أسهم، ولو كانا ذكرين لكانت الفريضة من سهم، ولو كانت الأخت من الأب والأم أنثى والأخت من الأب ذكرًا لكانت الفريضة من سهمين، ولو كانت الأخت من الأب والأم ذكرًا والأخت من الأب أنثى لكانت الفريضة من سهم، فصار فى حال من ستة، وفى حال من سهمين، وفى حال من سهم، فستة تجزئ عن هؤلاء كلها، فيضرب ستة فى أربعة أحوال، فصار أربعة وعشرين منها يخرج المسألة

---

(١) وفى م "من ستة فيجرى ستة من ستة".

صحيحة، لو كانا ذكرين جميعًا لكان المال كله للأخ من الأب والأم وهو أربعة وعشرون سهمًا، ولو كان الأخت من الأب والأم ذكرًا، والأخرى أنثى لكان المال كله للأخ من الأب والأم وهو أربعة وعشرون سهمًا، ولو كانا جميعًا أنثيين لكانت للأخت من الأب والأم نصف المال اثنى عشر سهمًا، ولو كانت الأخت من أب وأم أنثى، والآخر ذكرًا لكان للأخت من الأب والأم نصف المال اثنى عشر سهمًا، وذلك ثلاثة أرباع المال، وأما الأخت من الأب لو كانتا جميعًا أنثيين لكان لها سدس المال أربعة أسهم، ولوكانا ذكرين لكان لا شيء له، ولو كانت الأخت من الأب والأم أنثى والأخت من الأب ذكرًا لكان للأخ من الأب نصف المال اثنى عشر سهمًا، ولو كانت للأخت من الأب والأم ذكرًا، والأخت من الأب أنثى لا شيء للأخت من الأب، فصار للأختين من الأب فى حالين لا شيء، وفى حال أربعة وفى حال اثنى عشر، فصار لها فى جميع الأحوال ستة عشر، فلها ربع ذلك، وهو أربعة أسهم وبقى سهمان وهو للعصبة.

فإن ترك ثلاثة أخوات متفرقات كلهن خناثًا، فأما الأخت من الأم فلها حال التأنيث وحال التذكير سواء، وأما الأخت من الأب والأم والأخت من الأب، فيختلف أحوالهما فى التأنيث والتذكير، إن كانتا جميعًا أنثيين، لكانت الفريضة من ستة، وإن كانا ذكرين لكانت الفريضة من ستة، ولو كانت الأخت من الأب والأم ذكرًا والأخت من الأب أنثى، لكانت الفريضة من ستة، ولو كانت الأخت من الأب والأم أنثى والأخت من الأب ذكر لكانت الفريضة من ستة، فصار فى جميع الأحوال الفريضة من ستة، فستة يجرى عن ستة أمثالها، فاضرب ستة فى أربعة أحوال، فصار أربعة وعشرين منها، تخرج المسألة صحيحًا، فللأخت من الأم السدس من ذلك أربعة أسهم، وبقى عشرون سهمًا، فهو للأخت من الأب والأم، وللأخت لأب إن كانا ذكرين جميعًا يعنى الأخ من الأب والأم والأخ من الأب، ولو كانت الأخت من الأب والأم ذكرًا، والأخت من الأب أنثى، لكان للأخ من الأب والأم عشرون سهمًا، ولو كانتا أنثيين لكان للأخت من الأب والأم النصف اثنى عشر، ولو كان الأخ من الأب ذكرًا والأخت من الأب والأم أنثى لكانت للأخت من الأب والأم النصف اثنى عشر، وللأخت من الأب والأم فى جميع الأحوال أربعة وستون، فلها ربع ذلك ستة عشر سهمًا، وأما الأخت من الأب لو كن إناثًا لكان لها سدس المال أربعة أسهم، ولو كانوا ذكورًا لكان لا شيء للأخ من

الأب، ولو كـان الأخـت من الأب أنثى وهؤلاء ذكـوراً لكان لا شيء للأخت من الأب، ولو كـان الأخ من الأب ذكراً، وهؤلاء إناثاً لكان للأخ من الأب ثلثا المال ثمـانية أسـهم، وصار لهـا في جميع الأحوال اثنى عشر سهـماً، فلها ربع ذلك ثلاثة أسهم، وبقى سهم، فهو للعصبة -والله أعلم- .

الفصل الخامس والثلاثون
فى ميراث الجنين

٢١٢١٣- ذكر الصدر الشهيد فى فرائضه : أن الجنين يورث إذا كان موجودًا فى البطن عند موت المورث، واتصل حيّا قال : وطريق معرفة وجوده فى البطن عند موت المورث أن يجى الأقل من ستة أشهر منذ مات المورث، هكذا ذكر رحمه الله المسألة مطلقة، وهذا التفريق فى حق استحقاق الجنين الميراث عن غير الأب لا فى حق استحقاق الميراث عن الأب، فإنها إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ مات المورث يرث منه إذا لم تكن المرأة أقرت بانقضاء العدة، نص عليه محمد رحمه الله فى فرائض "الأصل"، فالأصل أن المعتمد إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين من وقت العدة، فإنه يثبت نسب الولد من الزوج إذا لم يقر بانقضاء العدة، وإذا ثبت النسب من الميت يرث منه ضرورة، وإن جاءت بالولد لأكثر من سنتين لا يثبت نسب الولد من الزوج، ولا يرث منه، فتبين بما ذكر محمد رحمه الله فى "الأصل" : أن ما ذكر الصدر الشهيد من التقدير فى حق استحقاق الجنين لا يرث عن غير الأب لا عن الأب، وطريق معرفة انفصاله حيّا أن يستهل، أو يسمع منه غطاس، أو يتحرك بعض أعضاءه، أو يتنفس، أو ما شاكل ذلك، وإن انفصل ميتًا لا يرث؛ لأنا شككنا فى حياته يوم موت الأب، لا يجوز أنه كان ميتًا لينفخ فيه الروح، ويجوز أنه كان حيّا، ثم مات، فلا نورثه بالشك.

ثم الجنين إذا خرج ميتًا إنما لا يرث إذا خرج بنفسه، فأما إذا خرج فهو من جملة الورثة، بيانه إذا ضرب إنسان بطنها، فألقت جنينًا، فهذا الجنين من جملة الورثة؛ لأن الشرع أوجب على الضارب الغرّة، ووجوب الضمان بالجناية على الحى دون الميت، فقد حكم الشرع بحياته حين أوجب الغرّة على الضارب، وإذا حكم بحياته كان له الميراث، ويورث عنه نصيبه كما يورث الغرّة، فإن مات بعد خروج بعض أعضاءه، ذكر فى بعض المواضع : أن الخارج إذا كان أكثر العدد، فكأن الكل قد خرج حيّا، ثم مات بعد ذلك فيرث، وإن كان الخارج أقل البدن، فكأنه لم يخرج شىء منه فلا يرث، وإن وقع

الاختلاف فى انفصاله حيّا أو ميتًا، فشهدت القابلة على انفصاله حيّا أجمعوا على أنه تقبل شهادة القابلة فى حق الصلاة عليه، وهل يقبل شهادتها فى الإرث؟ قال أبو حنيفة: لا يقبل، وقالا: يقبل.

فصل آخر منه:

٢١٢١٤- رجل مات، وترك ابنًا وأم ولد حامل، فولدت ابنًا، فاستهل، ثم مات، فلا شك أن الميراث بين الابنين؛ لأن الابن المستهل وارث لما كان حيّا يوم مات المورث، فيظهر أن المورث مات عن ابنين ليكون الميراث بينهما، فإذا مات المستهل بعد ذلك، فقد ترك أخًا وأمّا فللأم ثلث ما ورثه وهو سدس جميع المال، والباقى للأخ، فيجعل للأخ خمسة أسداس النصف من أبيه والسدسان من الأخ، وإن ولدت ابنًا وابنة واستهل الابن ثم مات فقد علمنا أن الحمل كان وارثًا يوم مات الأب، فيكون قد مات عن ابنين وبنت، فيكون المال بينهم على خمسة، فحين مات هذا المستهل، فقد مات عن سهمين، وخلف أمّا وأختًا وأخًا، فيكون نصيبه بينهم على ثمانية عشر وبين نصيبه وفرضه موافقة بالنصف، فيضرب وفق الفريضة الثابتة، وذلك تسعة فى الفريضة الأولى، وذلك خمسة، فيصير خمسة وأربعين، كان للابن الأصلى سهمان من الفريضة الأولى، مضروبًا فى وفق الفريضة الثانية، وذلك تسعة، فيكون ثمانية عشر، وللابن المستهل كذلك ثمانية عشر، وللابنة من أبيها سهم، مضروب فى وفق الفريضة الثانية، وذلك تسعة، فيكون تسعة، ثم ما أصاب الابن المستهل، وذلك ثمانية عشر سهم يقسم بين أخيها وأمها وأختها، للأم السدس ثلاثة، وللأخ عشرة، وللأخت خمسة، فجملة ما حصل للابن الأصلى من التركتين ثمانية وعشرون، ثمانية عشر من التركة الأول وعشرة من التركة الثانية، وجملة ما حصل لأخت المستهل من التركتين أربعة عشر تسعة من التركة الأولى، وخمسة من التركة الثانية، وحصل لأم الابن المستهل ثلاثة، جملة ما حصل لهم خمسة وأربعون، وإن استهلت الابنة، ثم ماتت، فإن المال يقسم على ستين للابن الأصل من أبيه أربعة وعشرون، ومن أخته خمسة، فيحصل له من المسألتين تسعة وعشرون، وللابن الذى ولد مع الابنة المستهلة تسعة وعشرون، ولأم المستهلة سهمان

أيضًا، فيستقيم التخريج.

فإن ترك أما وأختًا وزوجة حاملا، فولدت ابنًا، فاستهل الابن، ثم مات، فالميت الأول مات عن أم وامرأة وابن وأخ، فالأخ في هذه الصورة يكون ساقطًا بالابن، ويكون فريضة الابن لميت الأول من أربعة وعشرين، فإذا مات الابن بعد ما استهل، فقد مات من سبعة عشر سهمًا، وخلف أمّا وعمّا، والجدة لا ترث منه لمكان أمه، فيكون فريضته من ثلاثة، فيضرب فريضة المستهل، وذلك ثلاثة في فريضة الميت الأول، وذلك أربعة وعشرون، فيصير اثنين وسبعين، فعليها يقسم المال كان للأم الميت الأولى من تركة أبيها أربعة، صار مضروبًا في ثلاثة، فيكون اثنى عشر، وكان للزوجة الميت الأول من تركة زوجها ثلاثة، وصارت مضروبة في ثلاثة، فيكون تسعة، وكان للابن المستهل من أبيه سبعة عشر، مضروبًا في ثلاثة، وذلك أحد وخمسون، فيقسم على أم المستهل، وعلى عمّه أثلاثًا الثلث للأمّ سبعة عشر، والثلثان للعم أربعة وثلاثون، وإن ولدت بنتًا، واستهلت وماتت، والمسألة بحالها، فإن المال يقسم على أربعة وعشرين، ومنها يصح المسألتان لأم الميت الأولى من أبيها أربعة، ولزوج الميت الأول من زوجها ثلاثة، ولها من أبيها أربعة، ولأخ الميت الأول من أخيه بحكم الأخوة خمسة ومن ابن أخيه بحكم العمومة ثمانية، فجملة ما حصل له ثلاثة عشر -والله أعلم-.

فصل آخر منه:

٢١٢١٥- إذا ترك الرجل أم ولد حامل وأما وأخًا، فولدت ولدين ابنًا وابنة، فاستهل أحدهما بغير عينه، ووجدا ميتين، فالسبيل فيه أن يقدر كأن الابنة هي المستهلة، فيكون الميت قد ترك أمّا وأخًا وابنة، فللأم السدس، وللابنة النصف، والباقي للأخ، أصل المسألة وتصحيحها من ستة، فإذا ماتت هذه البنت، فقد ماتت عن ثلاثة وخلفت أمّا وعمّا، ففريضتها من الثلاثة، للأم الثلث، والباقي للعم، ففريضتها ثلاثة، ونصيبها من الأول ثلاثة، ففريضتها توافق نصيبها، ويصح المسألتان من ستة، ثم يقدر كأن الابن هو المستهل، فيكون الميت قد ترك أمّا وابنًا وأخًا، فالأخ يسقط، ويكون للأم سهم، وللابن خمسة أسهم، فإذا مات الابن، فقد مات عن أم وعم، ففريضته من ثلاثة،

ونصيبه من الميت الأول خمسة ، ففريضته لا تدخل فى نصيبه ، ولا موافقة بين فريضته وبين نصيبه ، فيضرب إحدى الفريضتين فى الأخرى ثلاثة فى ستة ، فيصير ثمانية عشر ، كان لأم الميت الأول سهم من ستة مضروب فى ثلاثة ، فيصير ثلاثة ، وكان للابن من تركة الميت الأول خمسة مضروب فى ثلاثة ، فيصير خمسة عشر يستقيم على فريضة الابن وهو الميت الثانى أثلاثًا ، ثلثها لأمه خمسة وثلثاها لعمه ، وذلك عشرة ، فإذا كان تصحيح هذه المسألة من ستة إن كانت المستهلة هى الابنة ومن ثمانية عشر إن كان المستهل هو الابن ، فنقول : يدخل ستة فى ثمانية عشر ؛ لأن ستة أقل العددين ، وتداخل أقل العددين فى أكثر العددين أصل فى الشرع ، فيكتفى بالأكثر ، وهو ثمانية عشر ، ويجعل المال على ثمانية عشر ، فيصيب الأخ اثنى عشر إن كانت المستهلة هى الابنة ستة من فريضته الميت الأول وستة من فريضة الميت الثانى ، ونصيب الأخ عشرة إن كان المستهل هو الابن ، فيعطى لها عشرة ؛ لأنها أقل ، ولأم الميت الثانى ثلاثة من ثمانية عشر إن كان المستهلة هى الابنة وإن كان المستهل هو الابن ، فلها خمسة ، فيعطى لها ثلاثة ؛ لأنها أقل ، ولأم الميت الأول ثلاثة ، فيبقى سهمان إلى ثمانية عشر ، فيوفقان حتى يصطلح عم الميت الثانى مع أمه .

ومما يتصل هذا الفصل:

٢١٢١٦- إذا مات الرجل عن امرأة حبلى يوقف للحمل ميراث أربعة بنين فى رواية ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمه الله ، وعن محمد رحمه الله روايتان : فى رواية : يوقف نصيب ثلاث بنين ، وفى رواية هشام : يوقف نصيب ابنين ، وهو إحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله ، وعن أبى يوسف برواية الخصاف : أنه يوقف نصيب ابن واحد ، وعليه الفتوى ، فنقول : إذا مات الرجل ، وترك ابنًا وأم ولد حامل ، فعلى رواية ابن المبارك : إنما يعطى الابن خمس المال ، ويجعل كأن الحمل أربعة بنين ، وعلى رواية هشام : يدفع الابن ثلث المال ، ويجعل كأن الحمل ابنان ، وعلى رواية الخصاف : يدفع إلى الابن نصف المال ، ثم سائر الورثة مع الحمل لا يخلو حالهم إما أن يكون الوارث مع الحمل ممن لا يتغير فريضته بالحمل وممن يتغير فريضته بالحمل ، ولا يخلو إما أن يكون ممن

يسقط في بعض الأحوال، وممن لا يسقط، فإن كان ممن لايتغير فريضته، فإنه يعطى فريضته حتى إذا ترك امرأة حاملا وجدة، فللجدة السدس؛ لأنه لا يتغير فرضيتها بالحمل، وكذلك إذا ترك ابنًا وامرأة حاملا، فإنه يعطى المرأة الثمن؛ لأنه لايتغيّر فريضتها بهذا الحمل، ولو ترك امرأة حاملا وأخًا وعمًّا لا يعطى الأخ والعم شيئًا؛ لأنه من الجائز أن يكون الحمل ابنًا، فسقط معه الأخ والعم، ولا من يرث مع الحمل إلا القدر المتيقن به؛ لأن التوريث في موضع الشك لا يجوز، وإذا كان ممن يتغير فرضيته بالحمل، فالمتيقن له أقل النصيبين، فلا يعطى إلا ذلك، وإذا كان ممن يسقط بحال، فأصل الاستحقاق له مشكوك، فلهذا لا يعطى شيئًا.

ثم إن كان الأقل لنصيب سائر الورثة أن يجعل الحمل ذكرًا، يجعل ذكرًا، وإن كان الأقل لنصيب سائر الورثة أن يجعل الحمل أنثى، يجعل أنثى، وإنما يوقف للحمل أوفر النصيبين، ولا يعطى سائر الورثة إلا الأقل احتياطًا، بيانه: امرأة ماتت، وتركت زوجًا وأمًّا وهي حامل من أبيها، فإن الحمل يجعل أنثى ههنا على الروايات كلها؛ لأنا لو جعلنا الحمل ذكرًا كان للزوج النصف كاملا ثلاثة من ستة، وللأم الثلث سهمان والباقي، وهو سهم للأخ، وإذا جعلنا الحمل أنثى، فعلى رواية ابن المبارك: الحمل كأربع أخوات، وعلى رواية هشام: الحمل بمنزلة أختين، فيكون لهما ثلثان، ونقول: المسألة بسهمين للزوج ثلاثة وللأم السدس سهم والأختين أربعة، ولا شك أن ثلاثة من ثمانية دون ثلاثة من ستة، وكذلك على رواية الخصاف؛ لأنا إن جعلنا الحمل أنثى، فالقسمة من ثمانية للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، فإن الأخت الواحدة لا تحجب إلا من الثلث إلى السدس، وللأخت ثلاثة، فيكون القسمة من ثمانية، فلهذا جعلنا الحمل أنثى، فيوقف لها ثلاثة من ثمانية، فإن ولدت الأم ابنة، فالموقوف يكون لهما، وتبين صحة القسمة، وإن ولدت ابنتين، فقد انقضت القسمة الأولى، ويسترد من الأم أحد السهمين، فيكون للأختين، وإن ولدت ابنًا، فقد بطلت القسمة الأولى، وإنما يقسم المال من ستة للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث سهمان، والباقي وهو سهم للأخ بالعصوبة.

٢١٢١٧-قال الشيخ الإمام الجليل أبو بكر محمد بن الفضل: إذا مات الرجل عن امرأة وابنتين، وادعت المرأة أنها حامل يعرض على امرأة ثقة أو امرأتين حتى يمس عليهما جنبها، فإن لم توقف على شيء من علامات الحمل يقسم الميراث، وإن وقفت على

شيء من علامات الحمل تربصوا حتى تلد، ولا يقسم الميراث، فكذلك لو مات الرجل، وترك ابنًا وامرأة حاملا، فإن القاضي لا يقسم الميراث حتى تلد، فإن كان الوارث أكثر من الواحد لم ينتظروا الولادة إن كانت الولادة قريبة لا يقسم، وإن كانت بعيدة يقسم، ومقدار القرب والبعد مفوض إلى رأى القاضي، هذه الجملة منقولة عنه، ولم يتضح إلى المسألة الثانية، ولم أعرف وجهها.

الفصل السادس والثلاثون
في ميراث الولد يدعيه الرجلان

٢١٢١٨- قال محمد رحمه الله: وإذا اشترى الرجلان جارية، وجاءت بولد، فادعياه جميعًا، فهو بينهما ثابت النسب منهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما غير أنه إن مات هذا الولد، فالأبوان يرثانه ميراث أب واحد، ولو مات واحد من هذين الأبوين، فإن هذا الولد يرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل، ولو أن أحد الأبوين مات، وترك ابنًا سوى هذا الابن المدعى، كان ماله بين الابن المدعى وبين الابن الآخر نصفان؛ لأنه مات عن ابنين، فإن مات الآخر بعد ذلك، وترك ابنة، وهذا الابن المدعى، كان ماله بين ابن المدعى وبين الابنة أثلاثًا؛ لأنه مات عن ابن وبنت، ولو لم يمت واحد منهما، ولكن مات هذا الابن، وترك أمًّا حرّة وهذين الأبوين، فإن لأمه ثلث المال، والباقي بين الأبوين بحكم التعصيب، فليس أحدهما بأولى من الآخر، فإن كان هذا الولد أنثى، فمات المدعيان، وليس لهما ولد غير هذه الابنة، وترك أباهما، فإنها ترث من كل واحد النصف ميراث ابنة كاملة، فإن مات الأب[1] بعدهما، وترك هذه وعصبة كان لهذه نصف المال، والباقي للعصبة؛ لأنها ابنة ابن الميت، فيكون لها النصف، والباقي للعصبة، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

---

(١) وفي م "الابن".

الفصل السابع والثلاثون
فى ميراث أهل الكفر

٢١٢١٩- اعلم بأن الكفار يوارثون فيما بينهم بالأسباب التى يتوارثون بمثلها المسلمون فيما بينهم، وقد يتحقق فيما بينهم جهات الإرث لا يرث بها المسلمون من نسب، أو سبب، أو نكاح، لا خلاف أنهم لا يتوارثون بالأنكحة التى لا يصح فيما بين المسلمين بحال نحو نكاح المحارم بنسب أو رضاع ونكاح المطلقة ثلاثًا قبل زوج آخر، ويختلفون بالتوارث بحكم النكاح فى العدة والنكاح بغير شهود، وقال زفر: لا يتوارثون بهما، وقال أبو حنيفة: يتوارثون بهما، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يتوارثون بالنكاح بغير شهود، ولا يتوارثون بالنكاح فى العدة، وهذا بناء على اختلافهم فى تقريرهم على هذه الأنكحة إذا أسلموا، وقد بينا ذلك فى كتاب النكاح، ثم لا خلاف أن الكافر لا يرث المسلم بحال، وكذلك المسلم لا يرث الكافر فى قول أكثر الصحابة وهو مذهب الفقهاء، وروى عن معاذ ومعاوية رحمهما الله قال: لايرث المسلم الكافر لقوله عليه السلام: «الإسلام يعلو ولا يعلى»[1]، وفى الإرث نوع ولاية للوارث على المورث، فلعلو حال الإسلام لا يثبت حال الولاية للكافر على المسلم، ويثبت للمسلم على الكافر، ولا خلاف بين أصحابنا أن الحربى لا يرث الذمى سواء كان الحربى مستأمنًا فى دارنا، أو فى دار الحرب.

وأهل الذمة يرث بعضهم بعضًا، وإن اختلفت صورة مللهم عند عامة الصحابة والفقهاء، فيرث النصرانى من اليهودى، واليهودى من النصرانى، ويرثان من المجوسى، والمجوسى يرث منهما، إلا إذا اختلفت الديار أو يستحل كل ملة قتال الملة الأخرى، فحينئذٍ لايتوارثان حتى إن النصرانى إذا مات فى دار الإسلام، وله ابن فى دار الهند أو

---

(١) أخرجه البخارى فى "صحيحه" ١/ ٤٥٤ تعليقًا فى ترجمة الباب: "باب إذا أسلم الصبى"، والضياء فى "الأحاديث المختارة"٨/ ٢٤٠ (٢٩١) والطحاوى فى "معانى الآثار" ٣/ ٢٥٧والدارقطنى فى "سننه" ٣/ ٢٥٢ (٣٠) والبيهقى فى "الكبرى" ٦/ ٢٠٦ (١١٩٣٥) والزويانى فى "مسنده" ٢/ ٣٧ (٧٨٣).

دار الترك لايرثه، وبعض الصحابة جعلوا الكفر كله ملتين، فجعلوا اليهودى والنصرانى ملة، وباقى الكفر ملة أخرى، وعن شريح وابن أبى ليلى والحسن وشريك والحسن بن صالح والثورى وعطاء: أن الكفر ثلث ملل، فاليهود والسامرة ملة، والنصارى والصابئون ملة، وباقى الكفرة من المجوس وغيرهم ملة، ومن جعلهم ملل لم يرث ملة من ملة، وكان أبو حنيفة وأصحابه يورثون أهل الحرب بعضهم من بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإذا اختلفت الدار لم يرث، وتفسير اختلاف الدارين أن يكون ملكين فى موضعين، ويرى بعضهم قتل البعض، وإن اتفقت الملة، وهذا بخلاف المسلمين، فإن أهل العدل مع أهل البغى يتوارثون فيما بينهم؛ لأن دار الإسلام دار أحكام، فباختلاف الملك والمنعة لا يتباين الدار فيما بين المسلمين؛ لأن أحكام الإسلام يجمعهم، فأما دار الحرب ليس دار الأحكام، بل هى دار قهر، فباختلاف المنعة والملك يختلف الدار بينهم، واختلاف الدارين يقطع التوارث، وكذلك إذا خرجوا إلينا بأمان يعنى أهل الدارين المختلفين؛ لأنهم من أهل دار الحرب، وإن كانوا مستأمنين يجعل كل واحد منهم فى الحكم كأنه فى منعة ملكه الذى خرج فيما بينهم بعد ذلك كما لو أسلموا، فإنه يجرى التوريث بينهم، وإن اختلفت منهم فى دار الكفر.

جئنا إلى المسائل:

٢١٢٢٠- ذمى مات، وخلف ورثة من أهل الحرب، فماله فىء سواء كانت الورثة فى دارالحرب أو فى دار الإسلام معاهدين، ولو مات يهودى، وترك ابنًا يهوديّا فى دار الحرب، فالمال كله للابن اليهودى الذى هو فى دار الإسلام، ولو مات يهودى من أهل الحرب وهو مستأمن فى دار الإسلام، وترك ابنًا ذميا وابنًا مسلمًا وابنًا حربيا فى دار الإسلام، فالمال فى قول أهل العراق بين الابن المعاهد والحربى نصفين؛ لأن المعاهد بمنزلة الحربى عندهم، فيرث عنه الحربى ومن هو مثله وهو المعاهد، ولو مات يهوديّا من أهل الذمة، وخلف ابنًا يهوديّا وابنًا نصرانيّا، فعلى قول من يورث أهل الذمة بعضهم من بعض، وإن اختلفت صورة مللهم المال بينهما نصفان، وعلى قول من يقول: بأن اليهودى ملة والنصارى ملة، فالمال للابن اليهودى.

نوع
من هذا الفصل فى ميراث المرتد :

٢١٢٢١- المرتد لا يرث من مسلم، ولا مرتد مثله، وترث امرأة المرتد إذا مات، أو قتل على الردة، والمرأة فى عدته بعد، وإن مات، أو قتل على الردة والعدة منقضية، فلا ميراث لها، ويستوى أن ارتد وهو صحيح، أو ارتد وهو مريض، وأما المرتدة إذا ماتت فزوجها هل يرث منها؟ ينظر إن ارتدت وهى صحيحة لا ترث زوجها منها، وإن ارتدت وهى مريضة فإن ماتت وعدتها لم تنقض بعد، لا تصير فارقة[١] قياساً، ولا يرث منها، وفى الاستحسان: تصير فارقة[٢] ويرث منها.

٢١٢٢٢- وإذا مات المرتد، أو قتل على ردته، فما اكتسب فى حال الإسلام يصير ميراثًا بين ورثته المسلمين على فرائض الله تعالى، وما اكتسبه فى حال الردة قال أبو حنيفة: يصير فيئًا يوضع فى بيت مال المسلمين، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يصير ميراثًا بين ورثته المسلمين على فرائض الله تعالى، ثم اختلفت الروايات فى كسب اكتسبه المرتد فى حال الإسلام، روى الحسن عنه: أن من كان وارثًا له وقت ردته، وبقى إلى موت المرتد يرثه، ومن حدث بعد ذلك، لا يرثه حتى إنه لو أسلم بعض قرابته بعد ردته، أو ولد له ولد حادث بعد ردته، فإنه لا يرث، وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله: أنه يرث من كان وارثًا له وقت الردة، وإن لم يبقَ إلى وقت موته، بل يخلفه وارث فيه، وروى محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله: أنه يرث من كان وارثًا له وقت موته أو قتله، سواء كان موجودًا وقت الردة أو لم يكن موجودًا وقت الردة، وإنما حدث بعد ذلك بأن علق من أمة له مسلمة، وهذا أصح.

والمرتدة إذا ماتت، قسم مالها بين ورثتها على فرائض الله تعالى، سواء كان كسب الإسلام أو كسب الردة كلا الكسبين، يصير ميراثًا عنها، فأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق، فإن عنده كسب المرتدة فى حال الردة لا يصير ميراثًا، بل يصير فيئًا.

---

(١) وفى ف وم "فارة".

(٢) وفى ف وم "فارة".

هذا إذا مات، أو قتل على الردة، وإن لحق بدار الحرب، فالقاضي يقضي في حقه بأحكام المولى، يقضي بعتق أمهات أولاده، ويجعل ما عليه من الدين حالا، ويقضي ديونه للغرماء، ويقضي بعق مدبرته من ثلث المال، ويقسم ثلث ماله بين ورثته، أما قبل لحوقه بدار الحرب، فلا يقضي بشيء من هذه الأحكام؛ لأن قبل لحوقه بدار الحرب هو حي حقيقة، وإنه ظاهر، وكذلك حكما؛ لأنه يجبر على الإسلام، وبعد ما لحق بدار الحرب، فقد انقطع عنه الجبر على الإسلام لفقد ولاية الجبر، والتحق بسائر أهل الحرب إذ أهل الحرب كالأموات في حق المسلمين، وإليه وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيتًا فَأَحيَينَاهُ﴾[1]، إلا أن موته بلحوقه بدار الحرب ليس بمتقرر لجواز أن يعود، وإنما يتقرر إذاترجح جانب عدم العود وذلك بقضاء، بعد هذا اختلفت عبارة المشايخ: قال بعضهم: ليس الشرط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب، وإنما الشرط قضاءه بشيء من أحكام الموتى، وعامتهم على أنه يشترط قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب سابقا على قضاءه بهذه الأحكام، وإليه أشار محمد رحمه الله في كثير من المواضع، وهذا لأن القضاء بأحكام الموتى بدون سابقة الموت لا يكون، فيشترط القضاء بالموت أولا ليمكن ترتيب أحكام الموت بناء عليه.

فإن عاد إلى دار الإسلام مسلمًا، فإن كان العود قبل قضاء القاضي بلحوقه بدار الحرب قبل قضاء القاضي بهذه الأحكام، فكأنه لم يزل مسلمًا، لأن موته بمجرد اللحوق بدار الحرب ليس بمتقرر، وما ليس بمتقرر لا يصلح لبناء الأحكام عليه، فصار وجوده والعدم بمنزلة، وإن عاد بعد ما قضى القاضي بهذه الأحكام، ولكن لم يقض بلحوقه بدار الحرب، فعلى قول من لا يشترط قضاءه باللحوق بدار الحرب لا يبطل قضاءه، وعلى قول من يشترط قضاءه باللحوق بدار الحرب أولا، يبطل قضاءه بهذه الأحكام، وإن قضى بلحوقه بدار الحرب مع ذلك حتى لا تبطل هذه الأحكام بما يملك تضمين الورثة ما أتلفوا، ولكن يأخذ ما كان قائمًا في يد الورثة من ماله بعينه؛ لأن ملكه زال إلى الورثة[2] بموته حكمًا، فإذا عاد مسلمًا جعل كأنه حي حقيقة بعد ما مات، وارتفع سبب الزوال، ولكن ارتفاع سبب الزوال إنما يظهر في حق القائم لا في حق الهالك، فيعود ملك المرتد

---

(١) سورة الأنعام: الآية١٢٢.

(٢) وفي ف وم "إلى الوارث".

فيما كان قائمًا في يد الورثة بعينه، ولا يعود فيما هلك، ثم ما كان قائمًا في يد الوارث بعينه لا يعود إلى ملك المرتد بنفس العود مسلمًا، وإنما يعود بقضاء أو رضاء، وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير، ثم في هذا الفصل وهو ما إذا لحق بدار الحرب، وقضى القاضي بالميراث لورثته، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله: إنما يقضي لمن كان وارثًا له وقت القضاء بلحوقه بدار الحرب، وعلى قول محمد: يقضي لمن كان وارثًا له وقت اللحوق بدار الحرب.

٢١٢٢٣- وإذا ارتد الرجل مع بعض أولاده ولحق بدار الحرب مع من ارتد معه، واكتسب في دار الحرب اكتسابًا، فهو لابنه الذي ارتد معه، ولحق بدار الحرب إذا مات مرتدًا؛ لأنه اكتسب ذلك المال، وهو من أهل الحرب، وأهل الحرب يتوارثون فيما بينهم، هكذا ذكر شيخ الإسلام، وفيه نظر؛ لأن هذا الولد مرتد، والمرتد لا يرث من أحد، فإن لحق معه دار الحرب واحد من أولاده مسلمًا، فإنه يرث من كسب إسلامه، ولا يرثه شيئًا مما اكتسب بعد الردة؛ لأن حاله في دار الحرب كحاله في دار الإسلام، فالمسلم من أهل الإسلام يرث حيث ما يكون، وأما سائر الكفرة يرث بعضهم من البعض، وإذا اتفقت مللهم النصراني يرث من النصراني واليهودي من اليهودي والمجوسي من المجوسي، وكذلك إذا اختلفت صور مللهم عندنا حتى إنه إذا مات النصراني، وترك ابنًا يهوديًا أو مجوسيًا يرث منه، قال: إلا إذا اختلفت الديار، واستحل كل ملة قتال ملة أخرى، فحينئذٍ لا يجري الإرث بينهما حتى إن النصراني إذا مات في دار الإسلام، وله ابن في الترك، أو في الهند لا يرث -والله أعلم-.

نوع
من هذا الفصل في ميراث المجوس:

٢١٢٢٤- ميراث المجوس فيما بينهم يبتني على أصول ثلاثة: أحدها: أنهم لا يتوارثون بالأنكحة الفاسدة فيما بينهم، وإنما يتوارثون بالأنكحة الصحيحة، والفاصل أن كل نكاح لو أسلما عليه، تركا على ذلك، فهو نكاح صحيح، وكل نكاح لو أسلما عليه، لم يتركا عليه، فهو نكاح فاسد، والثاني: أن النسب فيما بينهم يثبت بالأنكحة

الفاسدة، ويتوارثون فيما بينهم بذلك النسب، وإن كانوا لا يتوارثون بذلك النكاح، والثالث: أن كل من يدلى إلى الميت بسببين أو ثلاثة، فإنه يرث بجميع ذلك إلا إذا كان أحد السببين، يحجب آخر، فحينئذٍ يرث بالحاجب، وهذا قول عامة الصحابة وهو قول أصحابنا، وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول: "لا يرث الواحد بالقرابتين، وإنما يرث بالأقرب منهما"، وبه أخذ بعض العلماء.

ووجهه أن توريثه بالسببين يؤدى إلى أن يستحق شخص واحد فرضين مختلفين، وذلك لا يجوز، ألا ترى أن الأخت لأب وأم مع الأخت لأم لا ترث فرضين بالأختية لأب وبالأختية لأم بخلاف ابن العم إذا كان زوجًا؛ لأن هناك إنما يقع الجمع بين الفريضة والعصوبة، وذلك جائز، ألا ترى أن الأب مع الابنة صاحب فرض وعصبة، وإنما الذى لا يجوز الجمع بين الفرضين، والمعنى فى ذلك أن الجمع بين الفرضين يؤدى إلى أن يصير الشخص حاجبًا بنفسه، وذلك ممتنع، بيانه أن المجوسى إذا تزوج بابنة، فولدت ولدًا، وللمجوسى ابنة أخرى، فمات المجوسى، ثم مات هذا الولد، فقد مات عن أم هى أخته لأبيه، وعن أخت أخرى لأب، فلو اعتبرنا السببين فى حق شخص واحد، كان للأم السدس باعتبار الفريضة، فيصير حاجبة لقسمتها من الثلث إلى السدس، وإنه لا يجوز، وإذا تعذر توريثه بالسببين، رجحنا الأقرب منهما؛ لأن الإرث يبتنى على القرب، فيقدم أقرب الأسباب على أبعدها.

حجتنا فى ذلك قول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَت وَاحِدَةً فَلَهَا النِصفُ﴾[1]، وقال الله تعالى: ﴿وَلَه أَخٌ أَو أختٌ فَلِكُل وَاحِدٍ مِنهُمَا السُدَسُ﴾[2]، الله تعالى جعل سبب الاستحقاق الوصف الذى نص عليه من البنتية والأختية، وقد تحقق اجتماع هذين الوصفين فى شخص واحد حقيقةً وحكمًا، فثبت الاستحقاق بها بمنزلة ما لو تفرق ذلك فى شخصين، ألا ترى أن ابن العم إذا كان زوجًا يرث بالسببين بخلاف الأخت لأب وأم مع الأخت لأب؛ لأن هناك ما اجتمع سببان؛ لأن السبب الأختية وبقرابة الأم يتقوى هذا السبب، ولا يتعدد، كذلك الجدة من جهتين لا يستحق الإرث بالجهتين؛ لأن الاستحقاق

---

(١) سورة النساء: الآية١١.

(٢) سورة النساء: الآية١٢.

فى حقها باسم أنها جدة ولا يزداد ذلك فى حق من كان جدة بجهتين، فأما ههنا فالاستحقاق بالبنتية والأختية، وهذه الأسباب مختلفة، سواء اجتمعت فى شخصين، أو تفرقت فى أشخاص، ولا أثر لكونه شخصًا فى الاستحقاق، فاتحاد الشخص واختلاف الأشخاص فى الاستحقاق بهذه الأسباب سواء، وإنما يجتمع التوارث بالجهات من المجوسى فى أربع مسائل فى بنت هى بنت ابن وبنت هى أخت لأب وأم هى أخت لأب وأم هى أخت لأب بأن تزوج المجوسى بابنة والجدة من جهتين.

جئنا إلى المسائل:

٢١٢٢٥- قال محمد: المجوسى إذا تزوج بأمه أو ابنته أو بأخته، ومات أحدهما لا يرثه الآخر، وهذا الجواب على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ظاهر؛ لأن نكاح المحرم فيما بينهم فاسد عندهما، وإن كانوا يدينون جوازه، ولهذا قال: إذا طلبت النفقة من القاضى، فالقاضى لا يقضى لها بالنفقة عندهما، وقال: إذا دخل بها يسقط إحصانه حتى لو قذفه إنسان بعد ما أسلم لا يحد قاذفه، ولو طلب أحدهما التفريق، فالقاضى يفرق بينهما، وكذلك لا يشكل على قول أبى حنيفة رحمه الله على ما هو مختار مشايخ العراق؛ لأن مختار مشايخ العراق أن نكاح المحارم فيما بينهم فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله، واستدلوا لذلك بفصل عدم جريان الإرث بينهما، وإنما يشكل على قول مشايخ ما وراء النهر، فإنهم يقولون: بأن نكاح المحارم فيما بينهم جائز عند أبى حنيفة فيما إذا أدانوا جوازها، ويستدلون لما قالوا بماذا[1] طلبت من زوجها النفقة، فإن القاضى يقضى لها بالنفقة عند أبى حنيفة رحمه الله، ولولا أن النكاح جائز عنده وإلا لما فرض لها النفقة، ويستدلون أيضًا بما لو دخل بها بعد النكاح لا يسقط إحصانه، ولولا أن النكاح جائز عنده وإلا لسقط إحصانه.

والقدر لمشايخ العراق: أن النفقة كما يجب بسبب النكاح يجب بسبب الاحتباس، وإن لم يكن ثمة نكاح عرف ذلك فى موضعه، وهى محتسبة عند زوجها، وإن كان نكاحها فاسدًا، فوجب النفقة بسبب الاحتباس لا بسبب النكاح، وبقاء الإحصان بعد

(١) وفى م "لما قالوا: بما إذا طلبت"، وفى ف "بناء إذا طلبت".

الدخول لا يدل على صحة النكاح لا محالة عند أبي حنيفة رحمه الله، ألا ترى أنه لو تزوج امرأة، ودخل بها، وكان نظر إلى فرج أمها وابنتها بشهوة، إن إحصانه لا يسقط عند أبي حنيفة، وإن كان نكاحها فاسداً عنده، والقدر لمشايخنا عن فصل الإرث أنه لا يجرى الإرث فيما بينهم، وإن كانوا يدعون جواز النكاح، واعتبر ديانتهم في حق جواز نفس النكاح حتى جاز نكاح المحارم فيما بينهم، ولم يعتبر ديانتهم جواز النكاح في حق الإرث فيما بين المحارم أن يقول: إن ديانتهم جواز النكاح فيما بين المحارم، وإنما اعتبر في حق نفس الجواز؛ لأن جواز نكاح المحارم قد كان في شريعة آدم عليه السلام بلغنا ذلك، وديانتهم فيما عرف في شريعة من قبلنا معتبرة، ألا ترى أنا اعتبرنا ديانتهم في حق مالية الخمر والتقوم، وجواز التصرف فيها إلا أن ذلك قد علم في شريعة من قبلنا، أما كون نكاح المحارم سبب الإرث: فلم يعتبر في شريعة من قبلنا إذ لم يبلغنا ذلك، ويحتمل أنه لم يكن سبباً وديانتهم فيما لم يعرف في شريعة من قبلنا غير معتبر كديانتهم جواز نكاح الرجلين على امرأة واحدة.

ثم فرقوا في حق الإرث بين نكاح المحارم فيما بينهم وبين النسب الثابت في هذا النكاح، فقالوا: إذا تزوج المجوسي بمحارمه، ثم مات أحدهما لا يرثه الباقي، وإذا حدث بينهما ولد، فإنه يثبت النسب، ويتوارثون بذلك النسب فيما بينهم، والفرق أن هذا النكاح ليس بثابت في حكم الإسلام على الإطلاق، ألا ترى أنه لا بقاء لها بعد الإسلام بخلاف الأنساب؛ لأنها ثابتة في حكم الإسلام على الإطلاق، ألا ترى أنها تبقى بعد الإسلام ولاتقطع، توضيحه: أن استحقاق الإرث لا يكون بنفس النكاح، بل بنكاح صحيح مطلقاً ينتهي بالموت، ونكاح ذوات المحارم فيما بينهم ليس بهذه الصفة، فأما النسب: فيستحق به الإرث، سواء كان سبب في الأصل حلالا أو لم يكن حلالا، ألا ترى أن النسب إذا ثبت بنكاح فاسد، أو يعطى بشبهة يستحق به الإرث.

٢١٢٢٦- مجوسي تزوج بابنة له، فولدت منه ابنة وابناً، ثم مات المجوسي، فقد مات عن ابن وبنتين أحدهما زوجته، فيقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين يرثون بالنسب ويسقط اعتبار النكاح؛ لأنه فاسد، وإنهم لا يتوارثون بالأنكحة الفاسدة إلا أن النكاح مع أنه فاسد يثبت به النسب فيما بينهم، ويتوارثون به، فإن مات الابن بعد ذلك، فقد مات عن أخت لأب وأم وعن أخت لأب، فللأخت لأب السدس بحكم الابنة

والسدس بحكم الأختية، والنصف للأخت لأب وأم، والباقي للعصبة إن كانت، وإلا فيرد عليهما على سهامهما، ولو لم يمت الابن بعد موت المجوسي، ولكن ماتت الابنة التي هو زوجته فقد ماتت عن ابن هو أخوها لأبيها وعن بنت هي أختها لأبيها، فيرثون بالبنوة والبنتية، ولا يرثون بالأخوة والأختية؛ لأن قرابة الأخوة والأختية ساقط الاعتبار بقرابة البنوة والبنتية، ويرثون بالبنوة والبنتية، ويقسم المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو لم تمت الابنة التي هي زوجة المجوسي، وإنما ماتت الابنة الأخرى، فقد ماتت عن أخ لأب وأم وعن أخت لأب هي أمها، فيكون للأم السدس، والباقي للأخ لأب وأم، ويسقط اعتبار الأختية، وإنما يسقط اعتبار الأختية في الأم ههنا؛ لأن قرابة الأخت لأب ساقط الاعتبار بقرابة الأخ لأب وأم، وإنما كان للأم السدس في هذه الصورة؛ لأن للميت أخ وأخت، والأخت من أهل الاستحقاق إلا أنها صارت محرومة بهذا السبب بعارض، فنقل فرض الأم من الثلث إلى السدس.

٢١٢٢٧- مجوسي تزوج بأمه، فولدت منه ابنًا وابنةً، ثم مات المجوسي، فقد مات عن أم هي زوجته وعن بنت هي أخته لأمه، فلا ترث الأم بالزوجية ولا الابنة بالأختية لأم؛ لأن الأخت لأم مع الابنة، ولكن للأم السدس باعتبار الأمومة، وللابنة النصف والباقي للعصبة إن كان له عصبة، فإن لم يكن له عصبة، فالباقي رد عليهما أرباعًا.

٢١٢٢٨- مجوسي تزوج أمه، فولدت منه ابنًا وابنة، ثم فارقها، فزوجها ابنه، فولدت له ابنة، ثم مات المجوسي، فقد مات عن أم وعن ابن وابنة، فيكون للأم السدس باعتبار الأمومية، والباقي بين الابن والابنة للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شيء لبنت الابن، فإن مات الابن بعد ذلك، فإنما مات عن زوجة هي جدة أم أبيه وهي أمه، وعن أخت لأب وأم، ولا شيء للأم بالزوجية، ولا بكونها جدة؛ لأن الجدة لا ترث مع الأم، ولكن لها السدس بالأمومية، وللابنة النصف بالابنية، ولا شيء لها بالأختية لأم وللأخت ما بقي بالعصوبة.

فإن لم يمت الابن، ولكن ماتت الابنة الكبرى، فقد ماتت عن أم وهي جدتها أم أبيها وعن أخ لأب وأم وعن ابنة أخ هي أختها لأمها، فللأم السدس بالأمية؛ لأن معها أخ

لأب وأم وأخت لأم، وهما يردان الأم من الثلث إلى السدس، ولابنة الأخ السدس بالأختية لأم، والباقي للأخ لأب وأم بالعصوبة.

وإن كانت الابنة الصغرى هي التي ماتت، فإنما ماتت عن أم هي جدتها وعن عمة هي أختها لأمها، وعن أب هو أخوها لأمها، فللأم السدس بالأمية، ولابنة الأخ السدس بالأختية لأم، والباقي للأخ لأب وأم بالعصوبة، وإن كانت الابنة الصغرى هي التي ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن عمة هي أختها لأمها وعن أب هو أخوها لأمها، فللأم السدس بالأمية؛ لأن معها أخ لأب وأم وأخت لأم، وهما يردان الأم من الثلث إلى السدس، ولابنة الأخ السدس بالأختية لأم، والباقي للأخ لأب وأم بالعصوبة، وإن كانت الابنة الصغرى هي التي ماتت، فإنما ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن عمة هي أختها لأمها وعن أب هو أخوها لأمها، فللأم السدس؛ لأن معها أخ وأخت لأم، والباقي للأب؛ لأن الإخوة والأخوات لايرثون مع الأب شيئًا، ولو لم تمت الابنة، ولكن ماتت الأم، فإنما ماتت عن ابن هو زوجها وهو أيضًا ابن أبيها، وعن بنت وبنت ابن هي ابنتها لصلبها، فلا شيء للابن بالزوجية، ولكن المال ابن الابن والبنتين للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا شيء للذكر باعتبار أنه ابن الابن ولا للأنثى باعتبار أنها ابنة الابن.

٢١٢٢٩- مجوسي تزوج أمه، فولدت له ابنتين فتزوج إحدى ابنتيه، فولدت له ابنة، ثم مات المجوسي فقد مات عن أم هي زوجته وعن ثلاث بنات إحداهن زوجته وبنتان أختًا لأم وإحداهن ابنة ابنته، فلا شيء للأم بالزوجية، ولها السدس بالأمية وللبنات الثلثان بالبنتية ولا شيء للزوجة منهن بالزوجية، ولا للأختين لأم بالأختية، ولا للثالثة بكونها ابنة ابنة، ولكن الباقي للعصبة، فإن لم يكن فهو رد على الأم والبنات على مقدار حقهن، فإن ماتت الأم بعد ذلك، فقد ماتت عن ابنتي صلب وبنت ابن، فيكون المال للابنتين بالفرض والرد، فإن ماتت بعدها الابنة التي هي زوجته، فقد ماتت عن ابنة وأخت لأب وأم فللابنة النصف، والباقي للأخت بالعصوبة، فإن لم تمت هذه، ولكن ماتت الابنة السفلى، فإن ماتت عن أم هي أختها لأبيها وعن أخت لأب أيضًا، فيكون للأم السدس بالأمية وللأختين الثلثان بالأختية، والباقي للعصبة.

٢١٢٣٠- مجوسي تزوج بابنته، فولدت له ابنتين، فمات المجوسي، ثم ماتت

إحدى الابنتين فإنما ماتت عن أم هي أخت وعن أخت لأب وأم، فذكر في بعض النسخ أن للأم السدس بالأمية وللأخت لأب وأم النصف وللأم السدس بالأختية؛ لأنا لما اعتبرنا الأختية لأب التي وجدت في الأم لاستحقاق السدس لها صار ذلك كالموجود في شخص آخر، فإنما ترك أختين وهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس، وفي بعض النسخ قال: للأم الثلث بالأمية، وللأخت لأب وأم النصف، وللأم السدس بالأختية لأب؛ لأن صفة الأختية لأب موجودة في الأم، وهي لا يكون حاجبة نفسها، فإنما يعتبر القرابة التي فيها الاستحقاق لا الحجب، وإذا لم يعتبر ذلك، فإنما هي أخت لأب وأم، والأخت الواحدة لا تحجب الأم من الثلث إلى السدس، والأول أصح لما بينا أن صفة الأختية الموجودة فيها لما اعتبرت للاستحقاق كانت معتبرة للحجب أيضًا بمنزلة الموجود في شخص آخر، وما كان من هذا الجنس، فطريق تخريجه ما بينا.

الفصل الثامن والثلاثون
في الغرقى والحرقى ومن بمعناهم

٢١٢٣١- روى عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت، وأشهر الروايتين عن علي، وإحدى الروايتين عن ابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين أنهم قالوا في قوم غرقوا جميعًا معًا، أو أحرقوا معًا، أو وقع عليهم حائط وماتوا جميعًا، ولا يدرى الذي خرجت روحه أولا: إنه لا يرث بعضهم من بعض، وإنما يرث ما لكل واحد منهم ورثته الأحياء، وبه أخذ علماء العراق من أصحابنا وعلماء الحجاز، وروى عن علي رواية شاذة وهو إحدى الروايتين عن ابن مسعود: أنه يرث بعضهم عن بعض بأن يجعل حيًا، ويورث الأحياء من الأموات، ثم يجعل الذين جعلوا أحياء أولا أمواتًا، والذين جعلوا أمواتًا أولا أحياء، ويورث الأحياء من الأموات، ثم يجعل بعد ذلك كأنهم ماتوا معًا، فيرث ما ورث كل واحد منهما من صاحبه ورثته الأحياء، ولا يرث كل واحد ما ورث صاحبه منه، وبه كان يقول أبو حنيفة رحمه الله أولا، وهو قول ابن أبي ليلى.

وجه قوله الأول وإحدى الروايتين عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما، والمعنى في ذلك أن كل واحد من الميتين الأكبر والأصغر احتمل أن يكون ميتًا أولا، واحتمل أن يكون ميتًا آخر، فإن كان لا يدرى يعتبر الأحوال، ويعمل بالاحتمالين بقدر الإمكان، فيجعل الأكبر ميتًا أولا والأصغر حيًا، فيرث الأصغر منه، ثم يجعل الأصغر ميتًا والأكبر حيًا، فيرث الأكبر منه، ثم يجعل كأنهما ماتا معًا، فيرث ما ورث كل واحد منهما من صاحبه ورثته الأحياء، ولايرث كل واحد من صاحبه ما ورث صاحبه عنه، ألا يرى أنا اعتبرنا الأحوال فيمن أعتق أحد عبديه، ومات قبل البيان، فأعتقنا من كل عبد نصفه، كذا ههنا، وألا يرى أنا اعتبرنا الأحوال فيمن طلق إحدى امرأتيه بغير عينها قبل الدخول، ومات قبل البيان، فأسقطنا من صداق كل واحدة الربع.

وجه قوله الآخر وهو قولهما وقول أبي بكر وعمر وزيد بن ثابت وغيرهم على نحو ما بينا، والمعنى فيه وهو الفرق بين مسألتنا وبين مسألة الطلاق أن في مسألتنا وقع

الشك في سبب الإرث في حق كل واحد، وذلك أنه كما لو احتمل أن يكون موتهما جميعًا متعاقبا يحتمل أن يكون معًا، فإن موتهما معًا متصور، فلا بد من اعتبار هذه الحالة أيضًا، وباعتبار هذه الحال لايرث واحد منهما عن صاحبه إن كان يرث باعتبار الحالة الأخرى وقع الشك في سبب الإرث، والإرث لا يستحق بالشك، أما في مسألة الطلاق والإعتاق تيقنا بوقوع الطلاق والعتاق والشك فيمن وقع عليه فوزعنا، أما ههنا شككنا في سبب الإرث على نحو ما بينا.

فإن قيل: إن استقام لكم هذا الفرق فيما إذا لم يعلم تقدم موت أحدهما على الآخر إلا أنه لا يدرى من الأخرى، فإن ههنا الإرث ثابت للثاني منهما بيقين، ولكن وقع الشك في أن الذي له الميراث[1]، فيجب اعتبار الأحوال.

فالجواب أن في هذه الصورة الموت في أحدهما ثابت عينًا، والحياة في الآخر ثابتة عينًا؛ لأن الموت يحل العين، وكذلك الحياة يحل العين، وفي كل موضع كان الحق ثابتًا في العين، وجهل العين لا يعتبر الأحوال للتوزيع كما لو أعتق إحدى إماءه بعينها، ونسيها بعد ذلك، وهناك لا تعتبر الأحوال لفقدان العتق إذا كان ثابتًا للعين، فالتوزيع باعتبار الأحوال يكون نقلا للعتق عن عين إلى عين آخر، والعتق بعد ما ثبت في محل لا يقبل النقل إلى محل آخر بخلاف العتق المبهم؛ لأنه غير واقع في العين، وإنما يقع في العين ابتداء بالبيان، فإذا نفذ بالبيان واحتجنا إلى التوزيع باعتبار الأحوال لا يكون ناقلا للعتق عن محل العتق إلى محل آخر، أما ههنا فبخلافه، فمسألتنا نظير مسألة عتق العين والنسيان بعد ذلك لا نظير مسألة العتق المبهم.

جئنا إلى المسائل:

٢١٢٣٢- أخوان غرقا، وخلف أحدهما ابنة وعشر دنانير، وخلف الآخر أما وعشرة دراهم مثلا، وخلفا عمّا، فعلى قول عامة الصحابة وعامة العلماء: للابنة نصف الدنانير خمسة والنصف الباقي للعم، وعلى إحدى الروايتين عن على وابن مسعود ومن تابعهما يرث كل واحد منهما أصل مات صاحبه، ولا يرث كل واحد منهما عن صاحبه

---

(١) وفي ف وم "الميراث من فيجب"، وفي الأصل "الميراثين فيجب".

ما ورث صاحبه ما ورثه صاحبه، فسمى أحد الأخوين محمد، والآخر أحمد، فيجعل كأن محمداً مات أولا، وترك ابنة والأخ الذى غرق معه وهو أحمد وعمّا، وترك عشرة دنانير، فيعطى للبنت نصف الدنانير خمسة، والنصف الآخر لأخيه أحمد، ويسقط العمّ، ثم يجعل هذه الدنانير الخمسة التى أصاب أحمد بين ورثته الأحياء وهم أم وعم، فللأم ثلث هذه الخمسة وذلك دينار، والباقى للعم، وذلك ثلاثة دنانير وثلث دينار، ثم يجعل كأن أحمد مات أولا، وترك أما وأخًا وهو محمد الذى غرق معه وعمّا، وترك عشرة دراهم، فيجعل للأم الثلث العشرة الدراهم، وذلك ثلاثة وثلث، ويجعل الباقى، وذلك ستة دراهم لأخيه الذى غرق معه وهو محمد، ثم يقسم ما أصاب محمداً، وذلك ستة دراهم وثلث درهم بين ورثة الأحياء وهم بنت وعم نصفان، النصف للابنة والنصف للعم، فإن ترك محمد ابنًا وترك أحمد بنتًا، فما ترك محمد يكون لابنه بلا خلاف، أما على قول من لا يورث البعض عن البعض فظاهر، وأما على قول من يورث: فلأن محمداًخلف ابنًا وأخًا، والأخ محجوب بالابن، فيكون جميع مال محمد لابنه بالاتفاق من هذا الوجه، وما ترك أحمد يقسم بين ابنه وبين أخيه محمد نصفان ما أصاب محمداً من تركة أخيه أحمد مع أصل مال محمد يقسم بين ورثة محمد وهو ابنه وابن أخيه نصفان.

٢١٢٣٣- معتقان غرقا، وخلف أحدهما مولى هاشميّا وابنتين، وخلف الآخر مولى قرشيّا وأخوين لأم، فعلى قول عامة الصحابة والفقهاء: مال معتق الهاشمى يقسم بين ابنته ومولاه ولابنته الثلثان، والباقى للمولى، ومال معتق القرشى يقسم بين أخويه لأم وبين مولاه الثلث، والباقى لمولاه، وعلى إحدى الروايتين عن على يجعل كأن معتق الهاشمى مات أولا، فيكون ورثته ابنتين وأخًا وهو أحمد ومولى، فيسقط المولى بالأخ، ويقسم المال بين ابنتيه وبين محمد لابنتيه الثلثان، والباقى لأخيه أحمد، ثم ما أصاب أحمد، فيقسم بين ورثته الأحياء وهم أخوان لأم ومولى، للأخوين الثلثان والثلث للمولى، ثم يجعل كأن معتق القرشى مات أولا، فيكون ورثته أخوان لأم، والأخ الذى غرق معه ومولى، فيكون المولى ساقطًا، فيكون لأخوته لأم الثلث، والباقى للأخ الذى غرق معه، ثم ما أصاب الأخ الذى غرق يقسم بين ورثته الأحياء وهم ابنتان ومولى.

٢١٢٣٤- أخوان غرقا اسم أحدهما محمد، واسم الآخر أحمد وترك محمد ابنًا،

وترك محمد بنتًا، فما ترك محمد يكون لابنته بلا خلاف، أما على قول العامة: فظاهر، وأما على قوله: ومن تابعه فلأن ورثته يكون ابنًا وأخًا، والأخ يسقط بالابن، وما ترك أحمد، فنصفه لبنته، ونصفه لابن أخيه الذى غرق معه بلا خلاف أيضًا، ولكن الاختلاف فى التخريج تخريج قول العامة ظاهر تخريج قول على رضى الله عنه أن أحمد مات عن بنت، وأخ قد غرق معه، فيكون لابنته النصف، والباقى لأخيه، ثم ما أصاب الأخ ينتقل إلى ابن الأخ، فيصير ما لأحمد فى الحاصل نصفان من هذا الوجه.

٢١٢٣٥- أخوان معتقان غرقا، وخلف أحدهما ابنًا وبنتًا، وخلف الآخر بنت ابن ومولى، فالذى خلف الابن والبنت ماله لابنه وابنته أثلاثًا بلا خلاف، والذى خلف ابنة الابن ماله على قول العامة بين ابنة ابنه وبين ابن أخيه الذى غرق معه، النصف لابنة الابن، والنصف لابن الأخ وحده، وعلى رضى الله عنه نصف ماله لابنة ابنه ونصفه لأخيه، ثم ما أصاب الأخ يقسم بين ورثته الأحياء وهم ابن وابنة على ثلاثة.

٢١٢٣٦- أخوان لأب وأم غرقا وخلفا أما وأخًا لأب، فعلى قول العامة: لأم كل واحد الثلث من تركته، والباقى للأخ لأب، وعلى قول على الذى مات أولا خلف أمّا وأختًا لأب وأم وأخًا لأب، فيكون للأم الثلث، والباقى للأخ لأب وأم الذى غرق معه، ويسقط الأخ لأب، ثم ما أصاب الأخ لأب وأم يقسم بين ورثته الأحياء وهم أم وأخ لأب، فللأم من ذلك الثلث، والباقى للأخ، ويصح مسألة من تسعة، فللأم الثلث من تركة الابن ثلاثة من تسعة، ولها أيضًا ثلث الباقى، سهمان من الآخر، وللأخ لأب أربعة، وما ورث لأخيه لأب وأم الهالك معه، وكذلك مال الابن الآخر يقسم على هذا الوجه، ويصح من تسعة، فيقسم مالكل واحد من الأخوين على تسعة.

٢١٢٣٧- امرأة وابنها وجدا ميتين، وخلفت المرأة زوجها وهو أب الابن وخلف الابن أباه وابنًا، فعلى قول العامة: مال المرأة يقسم بين زوجها وابن ابنها، للزوج الربع، والباقى لابن الابن، ولا شىء للأخ مع ابن ابن، ومال الابن يقسم بين أبيه وبين الابن للأب السدس، والباقى للابن، وعلى قول على رضى الله عنه: يجعل كأن المرأة ماتت أولا، فيكون ورثتها زوجًا وابنًا، فللزوج الربع، والباقى لابنها الذى وجد ميتًا معها، ثم ما أصاب الابن الذى وجد معها ميتًا يقسم بين ورثته الأحياء وهم ابن وأب، فللأب من

ذلك السدس، والباقى للابن، ويصح مسألتنا من ثمانية؛ لأنا نحتاج إلى حساب إذا رفعنا منه الربع، يقسم الباقى أسداسًا، وأقل ذلك ثمانية، ثم يجعل كأن الابن مات أولا، فيكون ورثته أمه التى وجدت ميتة وأبوه وابنه، فيكون لأمه السدس، ولأبيه السدس، والباقى لابنه، ثم السدس الذى ورثته الأم يكون لورثتها الأحياء، وهم زوج وابن ابن، للزوج من ذلك الربع، والباقى لابن الابن، ويصح مسألة الابن من أربعة وعشرين، فيقسم مال الابن على أربعة وعشرين، لأمه أربعة ميراثًا عنه، وللابن أيضًا أربعة ميراثًا عنه، وسهم بالزوجية، فما ورث الأم الميتة، ولابنة ستة عشر، ولهذا الابن من جهته وهو أم أبيه ثلاثة، فيحصل له من مال ابنه تسعة عشر سهمًا من أربعة وعشرين، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل -والله أعلم-.

الفصل التاسع والثلاثون
فى ميراث المطلقة فى المرض

٢١٢٣٨-هذا الفصل مذكور فى طلاق الأصل هذه النسخة، والذى زاد ههنا أن الفرقة إذا وقعت بسبب باشرها ابن المريض، بأن قبلها بشهوة، أو جامعها وهى مكرهة، ثم مات الزوج وهى فى العدة، فإنها ترث؛ لأن فيما إذا طلقها المريض إنما ورثناها، وجعلنا النكاح قائمًا فى حق الإرث كأن الزوج قصد إبطال حقها فى الميراث، فيرد عليه قصده، وهذا المعنى فى حق الابن أظهر؛ لأنه بما صنع، وقصد إبطال حقها فى المزاحمة معه فى ميراث الابن ويرد عليه قصده إذا مات الزوج قبل انقضاء العدة، وإذا مات بعد انقضاء العدة، أو كان ذلك قبل الدخول بها، فلا ميراث لها كما لو طلقها الزوج بنفسه والحالة هذه، وفى القدورى لو جامعها ابن المريض مكرهة أو مطاوعة لم ترثه؛ لأنها إذا كانت مطاوعة، فالفرقة جاءت من قبلها، فأوجب ذلك سقوط حقها فى الميراث، وإن كانت مكرهة، فالفرقة وقعت حكمًا لثبوت الحرمة من غير أن يكون مضافًا إلى الزوج، وبقاء الإرث بعد الفرقة بسبب الفرار عند إضافة الفعل إلى الزوج، فإذا لم يوجد لا يبقى الميراث، وفى شرح بعض المشايخ: إذا جامعها ابن المريض مكرهة لم ترث قال ثمة، وقال فى "الأصل": إلا أن يكون الأب آمرًا لابن بذلك، فينقل فعل الابن إلى الأب فى حق الفرار كأنه باشر نفسه، فيصير فارًا.

وقال فى هذا الكتاب: ولو كان للأب امرأة أخرى، والمسألة بحالها لم ترث هذه المبانة؛ لأنه لا يتحقق ههنا قصد من جهة الابن، فإن ميراث النساء يستوى فى استحقاقه الواحدة والثنتان، فيبقى جميع ذلك مستحقًا عليه للمرأة الأخرى، وإذا انتفت التهمة لم يجعل العدة قائمة مقام النكاح فى بقاء ميراثها كما لو فعل ذلك فى صحة الأب.

ولو كان الابن مسّ المرأتين جميعًا عن شهوة معًا بغير رضاهما، فلهما الميراث، إذا مات الأب قبل انقضاء عدتهما؛ لأن تهمة القصد ههنا موجودة، ولو وطئ إحداهما، ثم

الأخرى، وهما مكرهتان على ذلك، فلا ميراث للأولى، وللثانية الميراث؛ لأن القصد إلى إبطال ميراث النساء غير موجود حال ما وطئ الأولى وهو موجود حال ما وطئ الثانية، ولو كان وطئها ابن ابنه وهى مكرهة حتى وقعت الفرقة بينهما، فإن كان ابنه حيّا، فلا ميراث للمرأة؛ لأن ابن الابن ليس بوارث للجدة فى هذه الحالة، فلا يتحقق منه تهمة القصد، وإن كان الابن ميتًا كان لها الميراث؛ لأن ابن الابن وارث فى هذه الحالة فيتأتى القصد.

وكذلك لو فعل الابن ذلك وهو غير وارث بأن كان كافرًا أو رقيقًا، فلا ميراث لها؛ لأن تهمة القصد ههنا لا يتحقق، فإن وطئها وهو غير وارث، ثم صار وارثًا بالسبب الذى كان قائمًا وقت الوطء بأن كان رقيقًا، فأعتق أو كان كافرًا، فأسلم، أو قبلها ابن الابن والابن حى، ثم مات الابن، فإنها ترثه؛ لأن تهمة القصد باعتبار كون المكتسب سبب الفرقة وارثًا، والميراث إنما يثبت عند الموت فيعتبر حاله وقت الموت.

وإذا كان الابن فعل ذلك وهو مجنون أو صبى لم يكن لها الميراث؛ لأن حكم الفرار باعتبار تهمة القصد، وذلك يبتنى على قصد معتبر شرعًا، وليس للصبى والمجنون قصد معتبر شرعًا، فلا يثبت حكم الفرار بفعلهما، كما لا يثبت حكم جريان الميراث بقتل باشره الصبى والمجنون، ولو طلقها ثلاثًا، ثم قبلت ابن زوجها، ثم ماتت وهى فى العدة، فلها الميراث، ولو ارتدت فى عدتها، ثم أسلمت، فلا ميراث لها، والفرق أن المرأة بالارتداد خرجت من أن يكون أهل الاستحقاق للإرث، فبطل حقها فى الإرث، فلا يعود بالإسلام، أما بالتقبيل: فلم يخرج عن أهلية الإرث؛ لأن أثر التقبيل فى ثبات المحرمية، فثبوت المحرمية لا ينافى الإرث، فلا ينافى فى بقاء النكاح فى حق الإرث.

الفصل الأربعون
فى متشابه النسب

٢١٢٣٩- ولو أن رجلين ليست بينهما قرابة، تزوج كل واحد منهما أم الآخر، فولد لكل واحد منهما غلامًا، فقرابة ما بين الغلامين أن كل واحد منهما عم الآخر لأمه، فلا يرث واحد منهما من صاحبه شيئًا إن مات وله عصبة، وإن تزوج كل واحد منهما ابنة الأخرى، والمسألة بحالها فقرابة ما بين الغلامين أن كل واحدة منهما خال صاحبه فلا يرث مع أحد من العصبات، وإن كان تزوج كل واحد منهما أخت الآخر، فقرابة ما بين الغلامين أن كل واحد منهما أب خال الآخر، فلم يرث مع أحد العصبات، وإن تزوج أحدهما أم الآخر، وتزوج الآخر ابنته، فولد لكل واحد منهما غلام، فقرابة ما بينهما أن ابن المتزوج بالأم خال ابن الذى تزوج الابنة وعمه وابن الذى تزوج الابنة ابن أخت الذى تزوج الأم وابن أخته لأمه، فلا يرث واحد منهما من صاحبه شيئًا مع العصبات؛ لأن العم لأم وابن الأخ من جملة ذوى الأرحام فلا يرثون مع أحد من العصبات.

٢١٢٤٠- ولو أن رجلا تزوج امرأة وتزوج ابنتها من ابنه، فولد لكل واحد منهما غلام، فقرابة ما بين الغلامين أن ابن الأب الذى يزوج الأم عم ابن الابن الذى تزوج الابنة وخاله وابن الأبن ابن أخ ابن الأب وابن أخت، فأيهما مات ورث صاحبه ههنا من قبل أن العم من الأب عصبة، وكذلك ابن الأخ لأب عصبة، فإذا كان كل واحد منهما عصبة صاحبه من أحد الوجهين كان وارثًا له.

فإن تزوج الأب الابنة وتزوج الابن الأم، فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة ما بين الوالدين أن ابن الأب عم ابن الابن وابن أخته، وابن الابن خال ابن الأب وابن أخيه، فأيهما مات، ورث الآخر بالعصوبة.

وفيه حكاية عبد الملك بن مروان، فإنه جلس يومًا للمظالم، فقام رجل، فقال: إنى تزوجت امرأة، وزوجت أمها من ابنى، فمر بعطاءى، فقال: لو كان عكس هذا لكان أولى، وإنى أسألك عن مسألة، فإذا أحسنت جوابها أمرت بعطاءك، وإن لم تحسن

جوابها لا أعطيك شيئًا، فقال: هات، فقال: إن ولد لك غلام ولابنك غلام، فأى قرابة تكون بين الغلامين، فلم يحسن الرجل الجواب، وقال: سل القاضى الذى وليته ما وراء مجلسك، فإن أحسن الجواب، فاصرف عطاءى إليه وإلا فالعذر لى، فلم يحسن القاضى، ولا أحد من القوم إلا رجل فى أخريات الناس فقام، فقال: إن أجبت وأحسنت، هل تقضى حاجتى؟ فقال: نعم، فأجاب كما ذكرنا، فاستحسن جوابه، وقال: لله تعالى در هذا العالم ما حاجتك؟ فقال: إن عاملك يسقط حرفًا من كلام الله تعالى، قال: وما ذلك؟ قال: إن الله تعالى يقول: ﴿خُذ مِن أموَالِهِم صَدَقَةً﴾(١)، فهو يسقط حرف من فيأخذ أموالنا، وقال: هذا أحسن من الأول، فعزل ذلك العامل.

٢١٢٤١- قال فى أجنبيين: تزوج كل واحد منهما أخت صاحبه، فولد لكل واحد منهما ابن، ما يكون بينهما من القرابة؟ فنقول: كل واحد منهما لصاحبه ابن خالة وابن عمة؛ لأنه يكون أب كل واحد منهما خال صاحبه، وأم كل واحد منهما عمة صاحبه، فكذلك صار كل واحد منهما لصاحبه فى وجه ابن الخالة، وفى وجه ابن عمة، فإن كان أحد الولدين فى هذه المسألة ابنًا، والآخر ابنتًا تجوز المناكحة فيما بينهما؛ لأنه تزوج بابنة عمته وابنة خالته وجاز ذلك.

٢١٢٤٢- فى أجنبيين تزوج كل واحد منهما أم صاحبه، فولد لكل واحد منهما ابن ما يكون بينهما من القرابة؟ فإنه يكون كل واحد منهما لصاحبه فى وجه ابن أخ لأم وفى وجه عم لأم؛ لأنه يكون أب كل واحد منهما لصاحبه لأم، فيكون أم كل واحد منهما جدته أم أبيه، ولذلك صار كل واحد منهما لصاحبه فى وجه ابن أخ لأم، وفى وجه عم لأم، فإن كان ولد لأحدهما ابن، وللآخر ابنة لا يجوز المناكحة فيما بينهما، فى أجنبيين تزوج كل واحد منهما ابنة صاحبه، فولد لكل واحد منهما ابن ما يكون بينهما من القرابة؟ فإنه يكون كل واحد منهما لصاحبه فى وجه خاله، وفى وجه ابن أخت، فإن كان ولد لأحدهما ابن، وللآخر ابنة لا يجوز المناكحة فيما بينهما.

(١) سورة التوبة: الآية١٠٣.

نوع آخر:

٢١٢٤٣- رجل مات، وترك ثلاث بنات، فورثت إحداهن ثلثي المال والأخرى ثلث المال، والثالثة لم ترث شيئًا كيف كان هذه؟ فإنه كان في الأصل ثلاث أخوات اشترت إحداهن أباها، والأخرى قتلت أباها، فلما قتل الأب ترى ابنتين سوى القاتلة، فللابنتين الثلثان، وما بقي، فللتي اشترت أباها، فصار لأحدهن ثلثا المال، وللآخرة ثلث المال، والثالث لا شيء لها، وهي القاتلة.

٢١٢٤٤- رجل مات، وترك ثلاث بنات فورثت إحداهن أربعة أتساع المال والآخر خمسة أتساعه والثالثة لم ترث شيئًا كيف كانت هذه؟ فإنه كان في الأصل ثلاث أخوات اشترت ثنتان منهن أباهما على الثلث والثلثين، ثم قتلت الثالثة أباها، فترك ابنتين سوى القاتلة، فللاثنتين الثلثان، وما بقي فبين الموليين على ثلاثة، أصلها من ثلاثة للاثنتين الثلثان سهمان، وبقي سهم بين الموليين على ثلاثة لا يستقيم، فاضرب ثلاثة في ثلاثة، فصار تسعة للاثنتين الثلثان من ذلك ستة أسهم لكل واحد ثلاثة أسهم، وبقي ثلاثة بينهما على ثلاثة للتي اشترت من الأب ثلثان سهمان، وللتي اشترت من الأب ثلثه سهم، فصار لإحداهن أربعة أتسام المال، وللأخرى خمسة الأتساع، ولا شيء للثالثة؛ لأنها قاتلة.

٢١٢٤٥- رجل مات، وترك أخًا لأب وأم وأخا امرأته، فورث المال أخو امرأته دون أخيه لأبيه وأمه كيف كانت هذه؟ فإنه كان في الأصل، رجل تزوج أم امرأة ابنه، فولدت له ولدًا، ثم مات الزوج، ثم مات أبوه بعد ذلك، وترك أخًا لأب وأم، وهذا المولود له في وجه ابن أبيه وفي وجه أخو امرأته، فالمال لابن الابن، فقد ورث المال أخو امرأته دون أخيه لأب وأم.

٢١٢٤٦- رجل مات، وترك خالا وعمّا، فورث الخال دون العم كيف كان هذه؟ فإنه كان في الأصل أخوان أبوهما واحد وأمهما اثنين، فتزوج أحدهما أم أم صاحبه، فولدت له ابنًا، ثم مات المتزوج، ثم مات أخوه بعد ذلك، وترك عمّا، فهذا المولود في وجه ابن أخيه لأبيه وفي وجه خاله لأمه، فالمال لابن الأخ، فقد ورث المال الخال دون

العم.

٢١٢٤٧- رجل دخل على مريض، فقال له: أوصني، فقال: لماذا أوصى؟ وإنما مالي ترث خالتاك وعمتاك وجدتاك كيف كانت هذه؟ كان هذا المريض تزوج جدتي الرجل أم أمه وأم أبيه فولدت كل واحدة للمريض ابنتين، فلما مات المريض، ترك أربع بنات، بنتان منهن خالتا الرجل وبنتان منهن عمتاه والمرأتين وهما جدتا الداخل، فللبنات الثلثان وللمرأتين الثمن وما بقي، فرد على البنات إن لم يكن عصبة.

٢١٢٤٨- وإن سئل عن رجل دخل على مريض، فقال له: أوصني، فقال: لماذا أوصى؟ وإن مالي ترثه عمتاك وخالتاك وجدتاك وامرأتاك، كان هذا في الأصل تزوج كل واحد من الداخل والمريض جدتي صاحبه، فولد للمريض من جدتي الداخل من كل واحدة ابنتين، ولم يولد للداخل من جدتي المريض شيء، فلما مات المريض، وترك أربع بنات، بنتان منهن خالتا الداخل وبنتان منهن عمتا الداخل وامرأتان، وهما جدتا الداخل وجدتين وهما امرأة الداخل، فللبنتان الثلثان وللجدتين السدس وللمرأتين الثمن، وما بقي يرد على البنات والجدتين على خمسة.

٢١٢٤٩- وإن سئل عن رجل دخل على مريض، فقال: أوصني، فقال: لماذا أوصى، وإنما مالي يرث ابنتاك وأختاك وامرأتاك كيف كانت هذه الوصية؟ فإنه كان في الأصل تزوج هذا الرجل أم المريض وأخته لأبيه، وكان المريض أختي الداخل: أخته لأبيه وأخته لأمه، فولد للداخل من أم المريض ابنتان، فلما مات المريض، وترك أختًا لأب وأمّا وهما امرأتا الداخل وأختين لأم وهما ابنتا الداخل وامرأتين وهما أختا الداخل، فالميراث بينهن للأم السدس، وللأختين من الأب الثلث، وللأخت من الأب النصف، وللمرأتين الربع، وعالت الفريضة.

٢١٢٥٠- وإن سئل عن رجل دعا ابنه، فقال: لو كنت ابن عمي لكان لك من مالي عشرة آلاف، ولو مت اليوم، وأنت ابني لم ترث غير ألفي درهم كيف كانت هذه؟ كان رجل له ثمانية وعشرون بنتًا وابنًا واحدًا، وله من المال ثلاثون آلاف درهم، فقال له: لو كنت ابن عمي لكان للبنات الثلثان عشرون الألف، وبقي عشرة آلاف وهو لابن العم، ولو مت اليوم وأنت ابني، فيكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، لكل ابن

ألفان، ولكل بنت ألف.

نوع آخر:

٢١٢٥١- ولو أن رجلا سئل عمن مات، وترك عشرين ديناراً، وورثت امرأته ديناراً، فإن هذا رجل مات، وترك أختين لأب وأم وأختين لأم وأربع نسوة للنسوة الأربع ثلثه، وللأختين لأب وأم الثلثان وللأختين لأم الثلث أصله من اثنى عشر وقسمته من خمسة عشر؛ لأنها تعول بثلاثة إلا أن ثلاثة بين أربع نسوة على أربع لا يستقيم، فيضرب خمسة عشر فى أربعة، فيصير ستين: كان للنسوة ثلاثة ضربناها فى أربعة، فصار اثنى عشر لكل واحدة ثلاثة وثلاثة من ستين، وأحد من عشرين.

٢١٢٥٢- وسئل عن رجل ورثت سبع عشرة امرأة ما له بالسوية، قال: هذا الميت ترك جدتين وثلاث نسوة وأربع أخوات لأم، وثمان أخوات لأب وأم، فللجدتين السدس سهمان، وللنسوة الربع ثلاثة، وللأخوات لأم الثلث أربعة، وللأخوات لأب وأم الثلثان ثمانية، فأصاب كل واحدة سهم.

٢١٢٥٣- وسئل عن امرأة ورثت أربعة أزواج لها واحداً بعد واحد، وصار لها نصف جميع أموالهم، وللعصبة النصف، فإن هذه امرأة تزوجها أربعة إخوة واحد بعد واحد، وبعضهم وارث بعض، وكان جميع أموالهم ثمانية عشر ديناراً للواحد منهم ثمانية، وللآخر ستة، وللثالث ثلاثة، وللرابع دينار تزوجها صاحب الثمانية، ثم مات عنها، فصار لها الربع منه، وهو ديناران، بقى ستة ميراث بين ثلاثة إخوة لكل واحد ديناران، فصار لصاحب الستة ثمانية، ولصاحب الثلث خمسة، ولصاحب الواحد ثلاثة، ثم تزوجها الذى صار له ثمانية دنانير، ومات عنها، فصار لها ديناران، وبقى ستة بين أخويه، لكل واحد ثلاثة، فصار لصاحب الخمسة ثمانية، ولصاحب الثلث ستة، ثم تزوجها الثالث، ومات عنها، وتركت ثمانية دنانير، وصار لها الربع ديناران ولأخيه ما بقى ستة، وكان له ستة، فصار له اثنى عشر ديناراً، ثم تزوجها الأخ الباقى، ثم مات عنها، وعن اثنى عشر ديناراً، فصار لها الربع من ذلك ثلاثة دنانير، فصار جميع ما ورثت تسعة دنانير من الأول ديناران، ومن الثانى ديناران، ومن الثالث ديناران، من

الرابع ثلاثة دنانير، وللعصبة تسعة دنانير.

٢١٢٥٤- فإن سئل عمن ترك خال ابن عمته، ولم يكن له خال غيره، وترك عمة ابن خاله، ولم يكن له عمة غيرها، فإن هذين أبو الميت الخال أبو الميت والعمة أم الميت، يكون للأم الثلث، والباقى للأب، فإن ترك ابن بنته وبنت ابنه مع كل واحد منهما عم وخال، فإن المال بين خال ابن الميت وعم بنت الابن نصفان، ويسقط ما سوى ذلك؛ لأنهما ابنا الميت لصلبه، فإن كان مع كل واحد منهما خالته وعمته، فلعمة بنت الابن والخالة ابن البنت الثلثان؛ لأنهما ابنتا الميت لصلبه، والباقى للعصبة.

٢١٢٥٥- فإن سئل عن رجل مات، وترك خالة وعمة، فورثت الخال دون العم، فإن هذا يكون فى صورة يكون الخال ابن أخيه من وجه وهو خاله من وجه، وهو أن يكون أخوان لأب، تزوج أحدهما جدة أخيه من قبل أمه، فولدت له ابنة، فهو ابن أخ الآخر وخالته أيضًا؛ لأنه أخ أمه لأنه ابن جدته، وابن الأخ أولى من العم.

٢١٢٥٦- سئل عن رجل ورثه سبع إخوة وأخت لهم، المال لهم بالسوية لكل واحد منهم ثمن كيف يكون هذه؟ فنقول: هذه يكون فى رجل تزوج أم امرأة ابنه، فولدت منه سبعة بنين، فصاروا إخوة امرأة ابنه، ثم مات الرجل، وترك أباه، ثم مات الأب، فورثت امرأته الثمن، وما بقى، فلبنى بنيه وهم سبعة لكل واحد منهم ثمن وهم أخوها.

٢١٢٥٧- سئل عن أخوين لأم، فورث أحدهما المال من رجل مات دون الآخر، فإن الميت كان ابن أحدهما، فيكون المال لابنه دون عمه.

٢١٢٥٨- فإن سئل أنه ورث أحدهما ثلاثة أرباع المال، والآخر الربع، فإن الميت بنت عمها، وأحدهما زوجها، فيكون للزوج النصف، والباقى بينهما نصفان، فيصيب الزوج ثلاثة أرباع، وللآخر الربع.

٢١٢٥٩- فإن سئل أنه ورث أحدهما الثلثين، والآخر الثلث، فإن الميت امرأة لها ابنا عم أحدهما أخوها لأمها، والآخر زوجها، فيكون للزوج النصف، وللأخ لأم السدس، والباقى نصفان بينهما، فنصيب الزوج الثلثان، والآخر الثلث.

٢١٢٦٠- فإن سئل عن ثلاثة إخوة ورث أحدهم الثلثين، وللأخوين سدس

سدس ، فإن هذه امرأة لها ثلاثة بنى عم أحدهم زوجها ، فيكون للزوج النصف ، والباقى بينهم أثلاثًا ، فيكون لكل واحد منهم سدس سدس ، وقد أصاب الزوج النصف مرة ، فيكون له الثلثان .

٢١٢٦١- رجل وأخته ورثا المال ، فصار للرجل سبعة أثمان المال ، ولأخته الثمن ، فهذا الرجل تزوج امرأة ابنه ، فولدت عنه غلامًا ، ثم مات الرجل ، ثم مات أبوه ، فصار لامرأته الثمن وما بقى ، فللغلام وهو سبعة أثمان ؛ لأنه ابن ابن ، وهو أخ المرأة لأمها .

٢١٢٦٢- رجل وابنه ورثا المال نصفين ، فهذه امرأة تزوجها ا بن عمها ، وعمها حى ، ثم ماتت هى .

رجل وابنته وارث المال نصفين ، فهذه امرأة تزوجت ابن عمها ، فولدت له بنتًا ، ثم ماتت المرأة ، فلزوجها الربع ، ولابنتها النصف ، والباقى للزوج ؛ لأنه عصبة .

٢١٢٦٣- رجل وبنتاه ورثوا المال أثلاثًا ، فهذه امرأة تزوجها ابن عمها ، فولدت له بنتين ، ثم ماتت ، فيكون للزوج الربع ، وللابنتين الثلثان وما بقى فللزوج ، فيكون للأب الثلث ، ولكل واحد من الابنتين الثلث .

رجل وأمه ورثا المال نصفين ، فهذا رجل زوج ابنته ابن أخ له ، فولدت له ابنًا ، ثم مات ابن الأخ ، ثم مات الرجل ، فصار لابنته النصف ، والباقى لابن ابنته وهو ابن ابن أخيه .

٢١٢٦٤- رجل وامرأتان ورثوا المال أثلاثًا ، فهذا رجل زوج بنتى ابنة ابن أخيه ، ثم مات ولا وارث له غيرهما وغير ابن أخيه ، فلبنتى الابن الثلثان وما بقى ، فلابن أخيه .

٢١٢٦٥- رجل ورثه ثلاث نسوة المال أثلاثًا وإحداهن أم الأخرى ، فإن هذا رجل زوج ابن ابنه ابنة ابن ابن له ، فولدت له بنتًا ، ثم مات ابن الابن ، فبقى بنتًا ابن ابنه إحداهما أم الأخرى ، ثم مات الرجل وله أختا ، فصار لها بين الابنتين الثلثان ، ولأخته الثلث ؛ لأنها عصبة مع البنات .

الفصل الحادى والأربعون
فى إقرار الرجل بالنسب ما يصح من ذلك وما لا يصح

٢١٢٦٦- قال محمد رحمه الله فى دعوى "الأصل" : يصح إقرار الرجل بأربعة : يقر بالولد بشرط أن يكون المقرّ له بحال يولد بمثله وأن لا يكون المقرّ له ثابت النسب من غيره وأن يصدق المقرّ له المقرّ فى إقراره إذا كان له عبارة صحيحة وبالوالد إذا كان للمقرّ يولد بمثله وأن لا يكون المقرّ ثابت النسب من غيره وأن يصدق المقرّ له فى إقراره إذا كان له عبارة صحيحة ، وبالمرأة إذا صدقته إذا كانت خالية عن زوج وعدة ، وأن لا يكون تحت المقرّ أختها ، ولا رابع سواها وبالمولى إن أقر أن هذا معتقى ، وأقر له أن هذا معتقى إذا صدقه المقرّ له ، وأن لا يكون للمعتق فى الصورة الأولى ، وللمعتق فى الصورة الثانية ، ولا ثابتًا من الغير ، ولا يصح إقراره بما عدا هؤلاء نحو الأخ والعم والخال ، وما أشبههم ، وتفسير صحة الإقرار بمن ذكرنا اعتبار الإقرار فيما يلزم المقرّ والمقرّ له من الحقوق ، وفيما يلزم غيرهما حتى إنه إذا أقر بالابن مثلا والابن المقرّ له يرث مع سائر ورثة المقرّ من المقرّ ، وإن جحد سائر الورثة نسبه ويرث أيضًا من أب المقرّ وهو جد المقرّ له ، وإن جحد الجد نسبه ، وتفسير عدم صحة الإقرار بمن ذكرنا عدم اعتبار إقراره فيما يلزم غير المقرّ ، والمقرّ له من الحقوق ، وأما فيما يلزمهما من الحقوق ، فإقراره صحيح معتبر حتى إن من أقر مثلا بأخ ، وله ورثة سواه يجحدون أخوته ، فمات المقرّ لا يرثه الأخ مع سائر ورثته ، وكذلك لا يرث من أب المقرّ إذا كان الأب يجحد نسبه ، أما يستحق النفقة على المقرّ حال حياته ، وإذا جاء الفرق باعتبار أن الإقرار بالأخوة إقرار بالبنوة أولا على أبيه ثم بالأخوة على نفسه وعلى أخيه ، فإن هذا المقرّ له ما لم يكن ابن أبيه لا يكون أخًا له وهو فيما يقر على ابنه بالبنوة شاهد ، والحكم لا يثبت بشهادة الواحد ، فلا يثبت بالبنوة فى حق غيرهما ، لا يثبت الأخوة فى حق غيرهما ؛ لأنهما بناء على البنوة ، ولكن يثبت الأخوة فى حقهما وفى حق ما يلزمهما من الحقوق فى الحال ؛ لأنه إقرار على نفسهما وإقرار الإنسان على نفسه صحيح ، فأما الإقرار بالبنوة إقرار على نفسه وعلى الابن المقرّ له ؛ لأن البنوة فيما

بينهما يثبت أصلا لا بناء على شيء فى حق غيرهما ، فيثبت تصادقهما فى حق ما يلزمها من الأحكام ، ويلزم غيرهما كالنكاح الثابت بتصادقهما لما كان يثبت ابتداء البناء على سبب آخر يثبت فى حقهما فيما يلزمهما من الحقوق ، وفيما يلزم غيرهما ، كذا ههنا .

وإقرار المرأة يصح بثلاثة بالولد والزوج والمولى ، ولا يصح بالابن ، فقد فرق بين المرأة وبين الرجل فى حق الإقرار بالابن ، والفرق أن الأب أصل فى باب النسب ، والمرأة كالتابع له ، عرف ذلك فى كتاب الدعوى ، ولما كان الأب أصلا فى باب النسب ، كان الإقرار بالابن منها إقرار على الأب نظرًا إلى الأصل ، وإقرار الإنسان على الغير غير معتبر ، فلم يعتبر إقرارها فيما يلزم إقرارها من حقوق النسب ، أما فيما بينها وبين المقرّ له ، فإقرارها معتبر حتى إنها إذا ماتت ، وليس لها وارث آخر سوى الابن المقر له ، كان ميراثها للابن المقرّ له ، فأما إقرار الأب بالابن إقرار على نفسه نظرًا إلى الأصل ، وإقرار الإنسان على نفسه صحيح فى حقه وفى حق غيره ، فلهذا افترقا .

توضيحه : أن النسب يعتبر من الرجل بالإعلاق ، وذلك لا يقف عليه غيره ، فلا بد من قبول قوله فى ذلك ، وأما نسب من المرأة : فإنما يثبت باعتبار الولادة وهى ظاهرة يقف عليها غيرها ، وهى القابلة ، فلا يجعل قولها فى ذلك حجة ، قال بعض مشايخنا ما ذكر من الجواب فى حق المرأة : إنه لا يصح إقرارها بالابن ، فهو محمول على ما إذا كان لها زوج معروف ؛ لأنها بإقرارها تحمل النسب على الزوج ، فأما إذا لم يكن لها زوج معروف ، فينبغى أن يصح إقرارها ؛ لأنها فى هذه الصورة لا تحمل النسب على الغير ، توضيح ما قلنا : إنه إذا كان لها زوج معروف لا يتحقق سبب صحيح بينهما وبين غيرها يثبت به نسب غيرها من ذلك العقد دون هذا الزوج المعروف ، فيكون حاملة النسب على هذا ، وبهذا الحرف يقع الفرق أيضًا بين جانب المرأة وبين جانب الرجل ، فإن الرجل إذا أقر بالولد وله امرأة معروفة ، يصح إقراره ، فإنه يتصوّر بين هذا الرجل وبين غيره سبب صحيح ، يثبت نسب هذا الولد بها دون هذه المرأة ، وذلك بالنكاح أو ملك اليمين ، فلا يكون حامل النسب على هذه المرأة ، فافترقا .

وإقرار الرجل بابن الابن نظير إقراره بالأخ والعم ومن أشبههما ؛ لأنه لا يصير المقرّ له ابن ابنه إلا بعد ثبوت النسب من أبيه ، فكان حامل النسب على أبيه ، ثم فى هذه

المسألة يستوى أن يكون الإقرار فى صحة أو مرض ؛ لأن حالة المرض إنما يخالف حالة الصحة فيما يتعلق به حق الغرماء والورثة، وأما فيما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة، فيستوى فيها حالة الصحة وحالة المرض، ثم فى كل موضع لا يصح إقرار الرجل وإقرار المرأة بالنسب، هل يرث المقرّ له؟ ينظر إن كان المقرّ له معروف النسب من الغير، أو مجهول النسب من الغير إلا أن مثله لا يولد لمثل المقرّ، أو يولد إلا أن للمقرّ وارثًا معروفًا، وكذبه الوارث المعروف فى إقراره لايرث، وإن لم يكن شىء من ذلك يرث.

وإذا أقر بوارثين لا يصح إقراره بهما، وأنكر كل واحد منهما صاحبه لا يلتفت إلى إنكارهما، ويعطى كل واحد منهما حصته؛ إذ لو كان يصح الإقرار حتى إنه إذا أقرت المرأة بابنة وأخت لأب وأم، وأنكرت كل واحدة منهما صاحبتها كان للابنة نصف المال، والباقى للأخت، وكذلك إذا أقر بجماعة، وبعضهم ينكر بعضًا، ولو أقر لوارثين أو جماعة يصح إقراره بالبعض دون البعض، فإن تجاحدوا فيما بينهم لا يعتبر زعم المقرّ فى حق من يصح إقرار المقرّ به، وإن تصادقوا فيما بينهم يعتبر زعم المقرّ فى حق من يصح، بيانه: فيما إذا أقرت المرأة بزوج وبنت وأخت، وبعضهم ينكر بعضًا، فللزوج النصف، والباقى بين الابنة وبين الأخت أثلاثًا أصل المسألة من ستة ولو تصادقوا، فللزوج الربع، والباقى بين الابنة وبين الأخت أثلاثًا، أصل المسألة من أربعة، وإن زعمت المرأة أن القسمة من أربعة فى الفصلين إلا أن فى فصل الإنكار، لم يظهر[1] فى زعم المرأة فى حق من يصح إقرارها وهو الزوج، فكان للزوج أن يأخذ كمال حقه، وكانت القسمة من ستة، وفى فصل التصادق ظهر زعم المرأة فى حق الزوجة، فكانت القسمة من أربعة.

ولو أقر بامرأة وابنة ابن ابن أخت، فللمرأة الربع كاملا يريد به حالة التكاذب، فالباقى بين ابنة الابن والأخت على سبعة؛ لأن الزوج زعم أن فريضتهم ثمانية للمرأة سهم، ولابنة الابن أربعة، وللأخت ما بقى إلا أنه لم يظهر زعمه فى إدخال النقصان على المرأة، وأخذت ربعًا كاملا، واعتبر زعمه فى حق الأخوين، فيضرب ابنة الابن بأربعة والأخت بثلاثة، ولو أقر بابنتى ابن، وباقى المسألة بحالها، فللباقى بعد نصيب المرأة، وهو الربع بين ابنتى الابن وبين الأخت على أحد وعشرين؛ لأن فى زعم الزوج

---

(١) هكذا فى ف وم، وكان فى الأصل "نظير".

أن الفريضة على أربعة وعشرين لابنتى الابن الثلثان ستة عشر ، وللمرأة الثمن ثلاثة ، وللأخت ما بقى خمسة إلا أنه لم يصدق فى حق المرأة ، فأخذت الربع كاملا ، ويضرب ابنة الابن فى الباقى بستة عشر والأخت بخمسة ، فصار الباقى بينهن على أحد وعشرين من هذا الوجه -والله أعلم- .

الفصل الثانى والأربعون
فى إقرار الورثة بوارث

٢١٢٦٧- قال محمد رحمه الله فى "الجامع الصغير": امرأة أتت بولد بعد وفاة الزوج ما بينهما وبين وفاة الزوج بسنتين، وصدقت الورثة أنها ولدته، ولم يشهد على الولادة أحد، فهو ابنه فى قولهم ويرث، ومعنى المسألة إذا كان أقر جميع الورثة بذلك، يشاركهم فى الميراث بإقرارهم؛ لأنه إقرار على أنفسهم، ولا تهمة فى الإقرار على نفسه، وكذلك إذا أقر به بعض الورثة، وهم جماعة تكون شهادتهم حجة فى الأحكام بأن كانوا ذكوراً أو إناثًا، فإنه يثبت نسب الولد فى حق الكل، ويشاركهم فى الميراث، وهذا استحسان، والقياس أن لا يصح إقرارهم.

وجه القياس: أن هذا إقرار على الميت بالنسب، والإقرار على غيره لا يصح إلا بتصديق منه أو بحجة، ولم يوجد وجه الاستحسان أن المقصود من النسب بعد الموت استحقاق المال، وهو يستحق المال على الورثة، فإن التركة لهم فى الظاهر، فكان هذا إقرار على أنفسهم، فيصح.

وكذلك إذا أقر البعض وقولهم حجة؛ لأن النسب يثبت بحجة يستحق على الغير، واستحقاق المال كذلك، توضيح ما ذكرنا: أن رد الإقرار ههنا لا يفيد؛ لأنه لو رد إقرارهم يشهدون عند القاضى بالنسب، فيقضى به فقد شرط العدالة فى المسألة الثانية لثبات النسب، ولم يشترط العدد فى المسألة الثانية لثبات النسب، ولم يشترط لفظة الشهادة، وذكر هذه المسألة فى "الجامع الكبير"، ولم يشترط العدد فى المسألة، ولا لفظة الشهادة، قالوا: ما ذكر فى "الجامع" محمول على ما إذا لم يكن لهذا المقرّ منازع، وما ذكرههنا محمول على ما إذا كان له منازع وحالة المنازعة تشترط العدد، وذكر هذه المسألة فى العين والدين والفرائض، وشرط العدد ولفظ الشهادة، ولم يشترط العدالة، فإذا اتفقت الروايات أن العدد شرط، واتفقت الروايات أن العدالة فى الوارث ليس بشرط، وأما لفظة الشهادة على رواية هذا الكتاب وكتاب الإقرار ليس بشرط، وعلى رواية

كتاب الدين والعين والفرائض شرط، وكذلك اختلف المشايخ في اشتراط لفظة الشهادة، والصحيح أنه لا يشترط؛ لأن هذا إقرار على نفسه ببعض المال، وشهادة على الميت حمل النسب عليه، فكان إقراراً من وجه شهادة من وجه، فمن حيث إنها شهادة شرطنا العدد، ومن حيث إنه إقرار لم يشترط لفظ الشهادة في بعض الروايات، ولم يشترط العدالة في الوارث[1]، ولم يشترط العدالة في الروايات عملا بالدليلين، وكذلك اختلف المشايخ في اشتراط القضاء مجلس الحكم، والصحيح أنه لايشترط؛ لأن مجلس الحكم والقضاء إنما شرطنا لثبات الحق بالشهادة المطلقة، وهذه ليست بشهادة مطلقة، بل هي شهادة من وجه إقرار من وجه، فلا يشترط لهذا، وإن لم يصدقها العدالة الورثة لم يثبت نسبه إلا بشهادة رجلين وامرأتين إلا أن يكون حملا ظاهراً، ويكون الزوج أقر بالحمل، فتقبل فيه شهادة القابلة على الولادة إن كانت عدلة، وهذا كله مذهب أبي حنيفة، فالمذهب عنده أن الولادة لا تثبت بشهادة القابلة إلا بإحدى معانٍ ثلاثة اثنان ماذكرنا، والثالث يكون الفراش قائمًا، فأما عندهما في الفصول كلها تقبل شهادة القابلة، ويثبت النسب بشهادة القابلة.

٢١٢٦٨- وإذا مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ له، وأنكر الآخر لا يصح إقراره في حق الآخر، ويشارك المقرّ له المقرّ فيما في يده من الميراث، وكيفية المشاركة أن يصحح الفريضة أولا كأنهم معروفون، ثم يطرح نصيب المنكر، ويجمع بين نصيب المقرّ والمقرّ له، ويقسم ما في يد المقرّ على ذلك حتى إن في مسألتنا للمقرّ له أن يأخذ نصف ما في يد المقرّ؛ لأنهم لو كانوا معروفين ههنا كانت الفريضة من ثلاثة للجاحد سهم، فيطرح نصيبه، ويجمع بين نصيب المقرّ والمقرّ له، وذلك سهمان، فيقسم ما في يد المقرّ على سهمين، وإن كان أقر بأخت، والباقي بحاله أخذ المقرّ له ثلث ما في يد المقرّ؛ لأنهم لو كانوا معروفين ههنا كانت الفريضة من خمسة نصيب كل أخ سهمان، ونصيب الأخت سهم، فيطرح نصيب الأخ الجاحد، وذلك سهمان، ويجمع نصيب الأخ المفروض على نصيب الأخت، وذلك ثلاثة، وكذا لو أقرب أم والباقي بحاله يقسم ما في يد الابن المقرّ على سبعة أسهم؛ لأنهم لو كانوا معروفين، كانت الفريضة من اثنى عشر، للأم سهمان، ولكل ابن خمسة، فيطرح نصيب الجاحد، وذلك خمسة، ويجمع بين نصيب المقرّ له

(١) وفي الأصل "الروايات" مكان "الوارث".

وذلك سبعة، فيقسم ما فى يد الابن على سبعة.

٢١٢٦٩- ولو أن امرأة ماتت، وتركت ابنتين، فأقرت إحداهما بأخت لها، فإن مات فى يد المقرّة يقسم على سهمين؛ لأنهم كانوا معروفين كانت الفريضة من ثلاثة، لكل بنت سهم، فيطرح نصيب الجاحد، وذلك سهم، ويجمع بين نصيب المقرّ والمقرّ له، وذلك سهمان، فيقسم بينهما نصفان.

٢١٢٧٠- ولو ترك ابنين، وأقر أحد بزوجة للميت قسم ما فى يد المقرّ بينه وبين المقرّ لها على تسعة؛ لأنهم لو كانوا معروفين كانت الفريضة من ستة عشر للمرأة سهمان، ولكل بن سبعة، فيطرح نصيب الجاحد، ويجمع نصيب المقرّ والمقرّ له، فيقسم ما فى يد المقرّ على سبعة، فكذلك لو أقر نفر منهم بوارث يجمع ما فى يد المقرّين، فيقسم بينهم وبين المقرّ له على قدر حقهم، بيانه فيما إذا ترك ابنتين وابنين، فأقر أحد الابنين وإحدى الابنتين بأخ، فإنه يقسم ما فى يد المقرّ بينهما وبين المقرّ له على خمسة للأخ المقرّ سهمان، وللأخت المقرّة سهم، وللأخ المقرّ له سهمان؛ لأنهم لو كانوا معروفين كانت الفريضة من ثمانية لكل ابن سهمان، ولكل بنت سهم، فيطرح نصيب الجاحد، ويجمع بين نصيب المقرّين وبين نصيب المقرّ له ويقسم ذلك بينهم على خمسة -والله أعلم-.

الفصل الثالث والأربعون
في إقرار الوارث بوارث بعد وارث

٢١٢٧١- وإن أقر الوارث بوارث معه، وأعطاه نصيبه بقضاء قاضٍ، ثم أقر بوارث آخر لم يصدق على الأول، وقاسمه ما بقى فى يديه على حساب نصيبهما إلا أن يصدقه الأول؛ لأن الأول قد استحق نصيبه بالإقرار السابق منه، فكما لا يملك إبطال حقه بالرجوع عن الإقرار، فكذلك لا يملك إثبات الشركة للغير معه فيما صار مستحقًا، ويجعل ثبوت الاستحقاق للأول بإقراره فى حقه كثبوته بالبينة، أو يكون نسبه معروفًا، فلا يكون إقراره للغير بعد ذلك حجة عليه إلا باعتبار تصديق يكون منه، ولا ضمان عليه فى شىء مما دفعه إلى الأول، لأنه بمجرد الإقرار للأول ما أتلف على الثانى شيئًا، والدفع كان بقضاء قاضٍ، فلا يكون سببًا موجبًا للضمان عليه، ولكن يجعل ذلك القدر فى حكم التساوى، فكأن جميع المال مقدار ما بقى فى يده، فيقاسمه المقرّ له الآخر على حساب نصيبهما.

بيانه: لو أن رجلا مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ له، فإنه يعطيه نصف ما فى يده، فإن أعطاه بقضاء قاضٍ، ثم أقر بأخ آخر، فإنه يعطيه نصف ما بقى فى يديه أيضًا بخلاف ما لو أقر أحد الابنين بأخوين معًا، وبواحد بعد واحد فى كلام متصل، فإنما يأخذان ثلثى ما فى يده؛ لأنه أقر بهما، فقد زعم أن كل واحد منهما مثل حقه، وكذلك إن أقر بأحدهما بعد الآخر فى كلام موصول؛ لأن فى آخر كلامه ما يغير حكم أوله، فتوقف أوله على آخره، فأما إذا فصل بين الكلامين، فقد استحق الأول نصف ما فى يده بتقدم الإقرار له، فلا يكون إقراره بالآخر بعد ذلك حجة على الأول فى إدخال شىء من النقصان عليه، فإن أقربهما معًا، فأعطاهما ثلثى ما فى يديه بقضاء، ثم أقر بأخ آخر أعطاه نصف ما فى يديه؛ لأن ما أخذه الأول فى حكم التاوى كما بينا.

ولو ترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ، وأعطاه نصف ما فى يديه بقضاء قاضٍ، ثم أقر بامرأة أعطاها ثلاثة أعشار ما بقى فى يديه؛ لأنه يزعم أن الميت ترك امرأة وثلاثة بنين،

فيكون القسمة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة، ولكل ابن سبعة، والأصل فى جميع هذه المسائل أن المقرّ به أولا يجعل معتبرًا فى المقاسمة مع المقرّ به آخرًا، والمقرّ به آخرًا لا يعتبر فى المقاسمة مع المقرّ به أولا؛ لأنه حين أقر بالثانى فحق المقرّ به الأول ثابت بتقدم الإقرار له، فيكون ذلك كالثابث بالبينة، وحين أقر بالأول لم يكن حقّ المقرّ به الثانى ثابتًا، فلا يكون هو معتبرًا فى المقاسمة مع الأول.

ولو ترك ابنة وعصبة، فأقرت الابنة بامرأة، فإنه يعطيها خمس ما فى يديها؛ لأنها زعمت أن الفريضة من ثمانية لها سهم، وللابنة أربعة، وكل واحد منهما ضرب فيما يد الابنة بحقها، فلهذا أخذت خمس ما فى يدها، فإن أعطاها ذلك بقضاء القاضى، ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سبع الباقى؛ لأنها زعمت أن القسمة من ستة عشر للمرأتين الثمن سهمان لكل واحدة سهم، وللابنة ثمانية، فبهذا الطريق يعطيها سبع ما بقى فى يدها، فإن أعطتها ذلك بقضاء قاضٍ، ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سهمًا من ثلاثة عشر مما بقى فى يدها؛ لأنها زعمت أن للميت ثلاثة نسوة، وإن القسمة من أربعة وعشرين، للنسوة ثلاثة لكل واحدة سهم، وإنها اثنى عشر، فيعطيها سهمًا من ثلاثة عشر بهذا الطريق، فإن أعطتها ذلك بقضاء، ثم أقرت بامرأة أخرى أعطتها سهمًا من سبعة عشر سهمًا مما بقى فى يدها؛ لأنها زعمت أن للميت أربع نسوة والقسمة من اثنين وثلاثين، للنسوة الثمن أربعة لكل واحد سهم، ولها النصف ستة عشر يضرب فيما بقى فى يدها ستة عشر، والمرأة بسهم، فلهذا أعطاها سهمًا من سبعة عشر سهمًا.

ولو ترك أخًا، فأقر الأخ بابنة للميت أعطاها نصف ما فى يده؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ابنةً وأخًا، فيكون المال بينهما نصفان، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة أخرى أعطاها نصف ما فى يده؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ابنتين وأخًا، فيكون للابنتين الثلثان، وللأخ ما بقى، فحق الثانية بزعمه مثل حقه، ويعطيها نصف ما فى يديه، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة أخرى أعطاها خمس ما فى يديه؛ لأن للميت بزعمه ثلاث بنات وأخ، فيكون القسمة من تسعة، للبنات الثلثان ستة بينهن لكل واحدة سهمان، والباقى وهو ثلاثة للأخ، فيضرب الأخ فيما بقى فى يديه بثلاثة وهى سهمين، فلهذا يعطيها خمس ما فى يده، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة الأخرى أعطاها ثلث ما فى يده؛ لأن للميت بزعمه أربع بنات وأخ، فللبنات الثلثان أربعة من ستة لكل واحدة

سهم، والباقي للأخ، فهي تضرب في الباقي بسهم والأخ بسهمين، فلهذا يعطيها ثلث باقي يده.

ولو أقر الأخ أو الابنة بابنة، وأعطاها نصف ما في يده بقضاء، ثم أقر بابنة ابن، فإنه يعطيها ثلث ما في يده؛ لأن للميت بزعمه ابنة وابنة ابن وأخ، فللابنة النصف ثلاثة، ولابنة الابن السدس سهم والباقي وهو سهمان للأخ، فبهذا الطريق يعطيها ثلث ما في يده، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة ابن أسفل منها، فلا شيء لها؛ لأنه ما أقر لها بشيء من المال، فإن مع البنت وبنت الابن لا ترث ابنة ابن الابن شيء، والثابت بإقراره لا يكون أقوى من الثابت بالبينة، ولو أقر الأخ أولا بابنة ابن ابن، فأعطاها نصف ما في يده بقضاء، ثم أقر بابنة ابن أعطاها ثلاثة أخماس ما بقي في يده؛ لأنه يزعم أن الميت ترك ابنة ابن وابنة ابن الابن وأخًا، فللابنة الابن النصف ثلاثة ولبنت ابن الابن السدس والباقي هو سهمان للأخ، فيضرب هي في ما بقي في يديها بثلاثة وهو بسهمين، فلهذا يعطيها ثلاثة أخماس ما بقي في يده، وإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بابنة البنت أعطاها أيضًا ثلاثة أخماس ما بقي في يده؛ لأنه يزعم أن لها النصف ثلاثة ولابنة الابن السدس، والباقي للأخ، فبهذا الطريق يعطيها ثلاثة أخماس ما بقي في يده، ولو لم يقر من ذلك بشيء، ولكنه أقر بابن ابن، فإنه يعطيه جميع ما في يده؛ لأن الميت بزعمه ترك ابن ابن وأخًا، فالمال له لابن الابن، وزعمه معتبر فيما في يده، فإن أعطاه ذلك بقضاء، ثم أقر بابن للميت، فلا ضمان على الأخ؛ لأن الدفع إلى الأول بقضاء القاضي، ولا يدخل الابن مع ابن الابن فيما في يده؛ لأن إقرار الأخ ليس بحجة عليه.

ولو أقر الأخ بامرأة للميت، فدفع إليها ربع ما في يده بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، أخذت سبع ما في يده؛ لأن الميت بزعمه خلف امرأتين وأخًا، فيكون القسمة من ثمانية لكل امرأة سهم، وللأخ ستة، فلهذا يعطيها تسع ما في يده، فإن أعطاها بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، أعطاها عشر ما بقي في يده؛ لأن للميت بزعمه ثلاث نسوة، والقسمة من اثنى عشر لكل امرأة سهم، وللأخ تسعة، فإن أعطاها العشر بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، فإنها تأخذ منه سهمًا من ثلاثة عشر مما بقي في يده؛ لأن للميت بزعمه أربع نسوة، فالقسمة من ستة عشر للنسوة الربع أربعة لكل واحدة سهم، والباقي وهو اثنا عشر للأخ.

ولو ترك ابنين، فأقر أحدهما بامرأة للميت، وأعطاها تسع ما في يده بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، فإنه يعطيها ثمن ما بقي في يده؛ لأن للميت بزعمه ابنان وامرأتان، فيكون القسمة من ستة عشر لكل امرأة سهم، ولكل ابن سبعة، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى، فأعطاها سهمين من ثلاثة وعشرين سهمًا مما بقي في يده؛ لأنه يزعم أن للميت ابنان وثلاث نسوة، فيكون أصل الفريضة من ثمانية للنسوة سهم بينهن أثلاثًا لا يستقيم، والباقي هو سبعة بين الابنين لا يستقيم، فيضرب ثلاثة في اثنين فيكون ستة، ثم يضرب ثمانية في ستة، فيكون ثمانية وأربعين للنسوة ستة بينهن لكل واحدة سهمان، ولكل ابن أحد وعشرون، فبهذا الطريق يعطيها فيما بقي في يده سهمين من ثلاثة وعشرون، فإن أعطاها ذلك بقضاء، ثم أقر بامرأة أخرى جزء من خمسة عشر جزءً مما في يده؛ لأن للميت بزعمه أربعة نسوة، والثمن بينهن أرباعًا لا يستقيم، والباقي وهو سبعة بين الابنين نصفين لا يستقيم، فيضرب ثمانية في أربعة، فيكون اثنين وثلاثين للنسوة أربعة لكل واحدة سهم، ولكل ابن أربعة عشر سهمًا، فبهذا الطريق يعطيها مما بقي في يده جزءً من خمسة عشر جزءً.

٢١٢٧٢- وإذا دفع إلى المقرّ له الأول بغير قضاء، ثم أقر بوارث آخر، ضمن له جميع نصيبه من الأصل من حصة دون حصة الباقي من الورثة؛ لأن ما أخذه سائر الورثة بقضاء لم يوجد منهم صنع موجب الضمان، وفيما دفعه إلى المقرّ به بغير قضاء قاضٍ قد يوجد الصنع الموجب للضمان وهو الدفع باختياره وهو بإقراره للثاني، زعم أنه استهلك ذلك بالدفع إلى الأول باختياره، فيجعل محسوبًا عليه في حق الثاني، ويكون بمنزلة القائم في يده.

وبيانه: لو ترك ابنًا، فأقر بابن آخر، وأعطاه نصف ما في يده بغير قضاء، ثم أقر بآخر، فإنه يعطيه ثلثي ما بقي في يده؛ لأنه زعم أن حق الثاني في ثلث جميع التركة، والباقي في يده وهو نصف التركة، فيعطيه ثلثي ذلك النصف، وهو ثلثا جميع نصيبه بزعمه، فإن أعطاه بغير قضاء، ثم أقر بابن آخر، فإنه يعطيه ربع جميع المال؛ لأن في زعمه أن للميت أربعة بنين، والباقي في يده سدس المال، فيعطيه ذلك، ويغرم له نصف السدس من مال نفسه، فإن دفع إليه بغير قضاء، ثم أقر بآخر، فإنه يغرم له خمس جميع المال من مال نفسه باعتبار زعمه.

ولو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ وأعطاه نصف ما في يده بغير قضاء، ثم أقر بأخ آخر أعطاه ثلث جميع ما كان في يده؛ لأنه غير ضامن شيئًا مما أخذه الابن المعروف؛ لأنه أخذه بسبب له معروف، وهو ضامن في حق الثاني، ما دفعه إلى الأول زيادة على حقه بزعمه؛ لأنه دفعه بغير قضاء، فيجعل ذلك كالقائم في يده، فيغرم للآخر جميع نصيبه مما كان في يده بزعمه وهي ثلث ما كان في يده، فإن أعطى ذلك بغير قضاء، ثم أقر بأخ آخر، فإنه يعطيه ربع جميع ما كان في يده، وهو ثمن جميع المال؛ لما بينا أن ما دفع إلى الأول والثاني بغير قضاء زيادة على حقهما، يجعل كالقائم في يده.

ولو ترك أخًا، فأقر بأخ آخر، فأعطاه نصف ما في يده بغير قضاء، ثم أقر بابن للميت، فإنه يعطيه جميع ما بقي في يده، ويغرم له أيضًا جميع ما أعطى الأخ كأنه زعم أن جميع المال للابن، وإنه مستهلك بعض المال عليه بدفعه إلى الأخ باختياره، ولو ترك عما فأقر العم بأخ للميت فأعطاه المال بغير قضاء، ثم أقر بابن الميت غرم له جميع المال؛ لأنه زعم أنه أعطى إلى الأول ما ليس له، وإن أعطاه ذلك بغير قضاء، ثم أقر بابن ابن لم يغرم له شيئًا؛ لأن بعد الإقرار بالابن لا يكون هو مقرّ بشيء من المال لابن الابن بمنزلة ما لو كانوا معروفين.

ولو ترك أخًا، فأقر الأخ بابن ابن، وأعطاه جميع ما في يده بغير قضاء، ثم أقر بابن، وغرم له مثل جميع المال ودفع ذلك بغير قضاء، ثم أقر بابن آخر، فإنه يغرم للابن الثاني مثل نصف جميع المال؛ لأن بعد الإقرار بالابن لا يكون هو استهلك عليه نصف المال بالدفع إلى الابن الأول باختياره، فإن دفع ذلك بغير قضاء، ثم أقر بأب الميت، فإنه يعطيه سدس جميع المال؛ لأنه زعم أنه سدس، وإنه استهلكه عليه بالدفع إلى غيره باختياره، فإن دفع إليه بغير قضاء، ثم أقر بامرأة للميت، فإنه يغرم لها مثل ثمن جميع المال لاعتبار زعمه في حقه، فإن كان أعطاها بغير قضاء، ثم أقر بأم للميت، فإنه يعطيها مثل سدس جميع المال لإقراره أن ذلك حقها، وإنه دفعها إلى غيرها باختياره.

ولو ترك أخًا، فأقر الأخ بأخ آخر، فأعطاه نصف ما في يده بغير قضاء، ثم أقر بأخ آخر، وأعطاه ثلث جميع المال بقضاء، ثم أقر بأخ آخر، فإنه يعطيه سدس المال وثلث سدس؛ لأن ما دفع إلى الثاني بقضاء القاضي وهو ثلث المال لا يكون ذلك مضمونًا

عليه، فيجعل ذلك كالتاوى يبقى ثلث المال، وفى زعمه أن ذلك بينه وبين الأول والثالث أثلاثًا، وإنه دفع إلى الأول زيادة على حقه بغير قضاء، فيجعل ذلك كالقائم فى يده، فيعطى الثالث كمال حقه وذلك سدس وثلث سدس، وفى يده سدس، فيعطيه ذلك، ويغرم له ثلث سدس من ماله، فإن أعطى ذلك بقضاء، ثم أقر بابن للميت، فإنه يغرم له نصف المال الذى دفع إلى الأول بغير قضاء قاض؛ لأنه دفع ذلك باختياره، وقد زعم أنه دفع إلى من ليس له، ولا يغرم النصف الآخر؛ لأنه دفعه إلى الثانى والثالث بقضاء القاضى -والله أعلم- .

الفصل الرابع والأربعون
فى إقرار بعض الورثة بوارثين وأكثر
وتصديق الوارث الآخر إياه فى بعض ما أقر به

٢١٢٧٣- وإذا أقر بعض الورثة بوارثين، فصدقه أحد من الورثة فى أحدهما، فإن أبا يوسف رحمه الله قال: ينظر فى نصيب الذى أجمعا عليه من حصة المقرّ بهما، ولو كانا أقرا بهما، فيعطى ذلك مما فى يد المقرّ بهما، فيضمه إلى ما فى يد الذى صدق به، ويقسمانه على قدر نصيبيهما فى الأصل، ويقسم الباقى فى يد المقرّ بهما بينه، وبين الآخر على حساب نصيبيهما فى الأصل لو كانا معروفين، وزعم أن هذا الأصل هو قياس قول أبى حنيفة رحمه الله باعتبار أن فى حق المقرّ بهما يجعل كأن الآخر صدقه فيهما، وفى حق المحجود يجعل كأن الآخر كذبه فيهما.

وبيان هذا الأصل من المسائل:

٢١٢٧٤- لو أن رجلا مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخوين معًا، وصدقه الآخر فى أحدهما، فإن المتفق عليه يأخذ من المقرّ بهما ربع ما فى يده؛ لأن الآخر لو صدقه فيهما لكان يأخذ منه ربع ما فى يده، فإنه زعم أن حق كل واحد منهما فى ربع التركة، وفى يده جزء من التركة، فإذا أخذ منه ذلك، ضمه إلى ما فى يد المصدق، ويقسمانه نصفين، وما بقى فى يد الآخر المقرّ بهما بينه وبين المجحود نصفان باعتبار زعمهما.

فأما عند محمد رحمه الله: فالمتفق عليه يأخذ من المقرّ بهما خمس ما فى يده؛ لأنه يقول: أنا قد أقررت بأن حقك فى سهم وحق المجحود فى سهم إلا أن أخى حين صدقك، فقد تحمل عنك نصف مؤنتك، فإنما يبقى حقك فيما فى يدى فى نصف سهم وحقى فى سهم وحق المجحود فى سهم، فنضعفه للكسر بالأنصاف، فلهذا يأخذ منه

خمس ما فى يده، ثم التخريج بعد ذلك كما قاله أبو يوسف .

وهذه المسألة مذكورة فى كتاب الإقرار يبتنى عليها أخواتها، لكن أعادها محمد رحمه الله ههنا، فقال: لو ترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ وأخت معًا، وصدقه الآخر فى الأخت، وكذبه فى الأخ، فإن الأخت تأخذ من المقرّ بهما سبع ما فى يده فى قول أبى يوسف رحمه الله؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين وابنة، وأن القسمة من سبعة: للأخت السبع من التركة، وفى يده جزء من التركة، فيعطيها سبع ما فى يده، فيضمه إلى ما فى يد المصدق بها، ويقاسمه للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار تصادقهما، وما بقى فى يد المقرّ بهما بينه، وبين المجحود نصفان، وقال محمد رحمه الله: الأخت تأخذ سبع ما فى يد المقرّ؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين وابنة، وأن حق الابنة فى سهم، وحقه فى سهمين، وحق المجحود فى سهمين إلا أن السهم الذى هو لها نصف ما فى يد المصدق، وقد أقر بهما، فذلك يصل إليها من جهة، فإنما يضرب هى فيما فى يده بنصف سهم، وهما بأربعة، فانكسر بالأنصاف، فأضعف الحساب، فيكون تسعة، فلهذا أخذت تسع ما فى يده، ثم التخريج كما قاله أبو يوسف .

ولو أقر أحدهما بأخ، فلم يعطِه شيئًا حتى أقر بابن آخر، وصدقه الابن المعروف فى الآخر أخذ المقرّ به الأول نصف ما فى يده؛ لما بينا أن إقرار الثانى فى كلام مفصول غير معتبر فى حق الأول، فيأخذ منه نصف ما فى يده لهذا، ويأخذ الآخر خمس ما فى يده؛ لأنه قد أقر له بسهم أيضًا، ولكن الابن الآخر حين صدقه فيه، فقد تحمل عنه نصف مؤنته، فإنما يضرب هو فيما فى يده بنصف سهم، فلهذا يأخذ الآخر خمس ما فى يده، ويضمه إلى ما فى يد المصدق، فيقسمانه نصفين، ولو كان الأخ صدقه فى المقرّ به الأول، وكذبه فى الآخر، فإن المقرّ به الأول يأخذ من المقرّ ثلث ما بقى فى يده؛ لأن فى زعمه حين أقر به أولا أن حقه من ثلث التركة، ولكن بعض التركة فى يد الآخر وهو مصدق به، فذلك يصل إليه من جهته، فلهذا يأخذ مما فى يده مقدار ما أقر له به وهو الثلث، ويضمه إلى ما فى يد المصدق، ويقسمانه نصفين لتصادقهما، وما بقى فى يد المقرّ بهما بينه وبين الأخ نصفين لاعتبار إقراره فى حقه .

ولو ترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ، وأعطاه نصف ما فى يده بقضاء قاضٍ، ثم أقر

بعد ذلك بأخت ، فإن الأخت تأخذ ربع ما في يد المقرّ بالإقرار ؛ لأن المقرّ بالإقرار إنما أقر لها سبع المال ، فإن للميت بزعمه ثلاثة بنين وابنة ، فتكون القسمة من سبعة لها سبع التركة ، وفي يده جزء من التركة ، فلها سبع ذلك ، والباقي بين المقرّ والمقرّ الأول نصفان لكل واحد منهما ثلاثة ، وأخذ الأول زيادة على حقه بقضاء القاضي ، فيجعل ذلك كالتاوي ، فيضرب الأخت فيما في يد المقرّ بسهم ، والمقرّ بثلاثة ، فلهذا أخذت ربع ما في يده ، وضمت إلى ما في يدي الذي صدق بهما ، واقتسماه للذكر مثل حظ الأنثيين لتصادقهما على أن حقهما في التركة مثل نصف حقه .

ولو ترك ابنين ، فأقر أحدهما بامرأتين لأبيه معًا ، وصدقه الآخر في أحدهما ، فإن المتفق عليها تأخذ من المقرّ بها نصف ثمن ما في يده ؛ لأن حقها بزعمه في نصف ثمن التركة ، وفي يده جزء من التركة ، فيعطيها نصف ثمنه ، فيضمه إلى ما في يد الآخر ، فيقسمانه على تسعة ؛ لأن بزعم الآخر أن الميت خلف ابنين وامرأة ، وأن القسمة من ستة عشر : للمرأة سهمان ، وله سبعة ويقسم ما في يدهما على ذلك باعتبار تصادقهما ، ثم يقاسم المقرّ المرأة المحجودة ما بقي في يده على ثمانية ؛ لأن بزعمه أن القسمة من ستة عشر ، فإن لها سهم وله سبعة ، فيقسم ما في يده بينهما على ذلك .

٢١٢٧٥- ولو ترك ابنين ، وأقر أحدهما بامرأة ، وأعطاها تسع ما في يده بقضاء قاضٍ ، ثم أقر بامرأتين معًا ، وصدقه أخوه في أحدهما ، فإن المتفق عليها تأخذ من المقر بهن جزءً من عشرين جزءً وخمس جزء وثلاثة أخماس جزء مما بقي في يده ؛ لأن الفريضة بزعمه من ثمانية وأربعين ، فإنه زعم أن الميت خلف ابنين وثلاث نسوة ، فللنسوة الثمن بينهن أثلاثًا لا يستقيم والباقي وهو سبعة بين الابنين نصفين لا يستقيم ، فيضرب اثنين في ثلاثة ، فيكون ستة ، ثم يضرب ثمانية في ستة ، فيكون ثمانية وأربعين للنسوة من ذلك الثمن ستة لكل واحد سهمان ، ولكل ابن واحد وعشرون إلا أنه دفع إلى الأول تعى ما في يده ، والذي في يده كان أربعة وعشرين وتسعاه خمسة وثلث ، سهمان من ذلك حقهما بزعمه وثلثه وثلث أعطاها زيادة على حقهما وما أعطاها زيادة من حق الآخرين لا يكون مضمونًا عليه ؛ لأنه دفع ذلك بقضاء ، ولكن ما أعطاها من حقه يكون محسوبًا من نفسه ، وإذا تأملت ذلك كان ما أعطى من نصيبه سهمًا وثلاثة أخماس سهم وخمسى خمس سهم ، وقد كان نصيبه أحد وعشرون إذا انتقص منه هذا القدر يبقى من حقه تسعة

عشر سهمًا وخمس وثلاثة أخماس خمس وحق المتفق عليها فى سهمين، ولكن أحدهما فى يد الابن الآخر هو مصدق بها، فإنما يضرب هو سهم فيما بقى فى يد المقرّ وهو بمقدار حقه، فتكون الجملة عشرين سهمًا وخمس وثلاثة أخماس خمس، وحق المتفق عليها فى سهمين، ولكن أحدهما فى يد الابن الآخر هو مصدق بها، فإنما يضرب هو بسهم فيما بقى فى يد المقرّ وهو بمقدار حقه، فتكون الجملة عشرين سهمًا وخمس سهم وثلاثة أخماس خمس، فلهذا أخذت سهمًا من ذلك.

قال الحاكم: وهذا الجواب عندى غير سديد على الأصل المذكور فى هذا الباب؛ لأنه حذف فى هذه القسمة نصيب امرأتين، وكان صوابه أن يحذف نصيب المرأة التى أخذت نصيبها بقضاء قاضٍ، ويقسم ما بقى فى يده على نصيبه ونصيب المرأتين الباقيتين، فيعطى المجمع عليهما سهمًا من اثنين وعشرين سهمًا وأربعة أخماس سهم، قال شمس الأئمة السرخسى: وقد بقى بعض الظلمة فى أصل التخريج، والطعن جميعًا لم يتضح ذلك لى بالتأمل وعسى يتضح إذا ثبت وصولى إلى كتبى، أو أصبت وقت فراغ خاطرى، فإذا أخذت ذلك من المقرّ بهن ضمته إلى الباقى الذى صدقه بها، فاقتسماه على تسعة أسهم؛ لأن بزعمهما أن الميت خلف ابنين وامرأة، وأن القسمة من ستة عشر: للمرأة سهمان، ولكل ابن سبعة، فيقسم ما فى أيديهما بينهما على تسعة باعتبار زعمهما، ويقاسم المقرّ بهن المرأة المجحودة ما بقى فى يده على ثلاثة وعشرين سهمًا؛ لأن باعتبار زعمهما أن القسمة من ثمانية وأربعين، وأن لهما سهمان، وله أحد وعشرون سهمًا، وفى هذا أيضًا بعض شبهة باعتبار ما ذكرنا أن ما دفع إلى الأول أن نصيبه محسوب عليه حتى ينقص بذلك القدر من نصيبه، ولم يعتبر ذلك بالقسمة مع المجحودة.

٢١٢٧٦- ولو ترك أخوين، فأقر أحدهما بابنتين للميت، وصدقه أخوه فى أحدهما، فإن المتفق عليها منهما تأخذ من المقرّ لهما ثلث ما فى يده؛ لأن بزعمه أن الميت خلف ابنتين وأخوين، فللابنتين الثلثان، والباقى بين الأخوين نصفين، فإما أن تقول: هو قد أقر لهذه بثلث التركة، وفى يده جزء من التركة، فيعطيها ثلث ذلك، أو تقول: أقر أن حقه مثل نصف حقهما؛ لأنه يقول: حقها ثلث التركة، وحقى نصف الثلث، فلذلك أخذت ثلث ما فى يده، ثم يضم ذلك إلى ما فى يد الآخر، واقتسماه أثلاثًا؛ لأن الآخر

زعم أن الميت خلف ابنتًا وأخوين ، فلها النصف ، والباقى بين الأخوين نصفين لكل واحد منهما الربع ، فحقه مثل نصف حقها ، فلهذا اقتسما ما وصل إليهما أثلاثًا ، لها سهمان ، وتقاسم الأخرى المقرّ بهما ما بقى فى يده أثلاثًا زعم لها الثلث ، وله السدس ، فيقسم ما بقى بينهما على هذا لهما سهمان ، وله سهم .

ولو كان أقر بثلاث بنات ، وصدقه أخوه فى واحدة منهن ، فإن المتفق عليها تأخذ من المقرّ بهن تسعى ما فى يده ؛ لأن بزعمهم أن الميت خلف ثلاث بنات وأخوين ، فيكون للبنات الثلثان بينهن أثلاثًا ، والباقى بين الأخوين نصفين ، فيحتاج إلى حساب ينقسم ثلثاه أثلاثًا ، وثلثه نصفين ، وأقل ذلك ثمانية عشر ، للبنات اثنى عشر لكل واحدة منهن أربعة ، فهو إنما أقر للمتفق عليها بأربعة من ثمانية عشر ، وذلك تسعا التركة وفى يده جزء من التركة فيعطيها تسعى ما فى يده لهذا ، فإذا أخذت ذلك ضمته إلى ما بقى فى يد المصدق بها ، ويقاسمه أثلاثًا ؛ لأن بزعمه أن لها نصف التركة ، وله الربع ، ولم يقاسم المقرّ لحق الباقين ما بقى فى يده على أحد عشر سهمًا لهما ثمانية ؛ لأن بزعمه أن القسمة من ثمانية عشر ، ولكل واحد منهما أربعة وله ثلاثة ، فيقسم ما بقى فى يده بينهم على عشرة أسهم لهذا .

قال فى "الأصل" : وهذا كله إذا كان قد دفع إلى الأول بقضاء كان ذلك إقرارًا من الورثة ، ولم يكن بشهادة ؛ لأنه إذا شهد شاهدان من الورثة لآخر أنه ورث ، ثبت نسبه ، وصار وارثًا ، ودخل على القوم جميعًا إذا لم يكونوا دفعوا شيئًا ، حتى شهدوا ؛ لأنه لا تهمة فى شهادتهم ، بل عليهم ضرر فى ذلك ، وإن كان قد دفعا من حصتهما نصيب الوارث ، ثم جاءا يشهدان لا يقبل شهادتهما ، فتمكن التهمة فيها ، فأما فى حق الواحد فالإقرار والشهادة سواء ؛ لأن الحجة لا تتم بشهادة الواحد .

٢١٢٧٧- ولو ترك ابنين وامرأة ، فأقر أحدهما بامرأة للميت ، وكذبه الآخر فيها والمرأة المعروفة ، فإنه يقاسمها ما فى يده على ثمانية ؛ لأن القسمة بزعمه من ستة عشر ، ولكل امرأة سهم ، ولكل ابن سبعة ، وإن دفع ثمن ما فى يده إليها بقضاء أو بغير قضاء ، ثم أقر بامرأة أخرى ، وصدقته المرأة المعروفة بذلك ، فإن المقرّ بها آخرًا تأخذ نصف ما فى يد المرأة المعروفة ، ولا يدخل فى نصيب الابن ؛ لأن ميراث النساء فى يد المعروفة والابن ،

إنما أن أقر أن حصتها فى يد المعروفة، وهى صدقته فى ذلك، فلهذا لا تأخذ من ما بقى فى يد الابن شيئًا بخلاف الأولى، فإن المعروفة هناك كذبت بها، فلا يصل إليها نصيبها مما فى يد المعروفة، فلا بد أن يدخل مع المقرّ فيما فى يده؛ لأن ما فى يده جزء من التركة، وحقها من التركة، وعلى هذا لو ترك ابنًا وامرأة، ثم أقر الابن بامرأة، وصدقته المعروفة، فإنها تأخذ نصف ما فى يد المعروفة، ولا سبيل لها على ما فى يد الابن.

٢١٢٧٨- ولو ترك ابنتين وامرأة، فأقر إحدى الابنتين بامرأتين معًا، وصدقته المعروفة فى أحدهما، وكذبته فى الأخرى، فإن المعروفة تقاسم التى أقرت بها ما فى يدها نصفين؛ لأن ميراث النساء فى يدها، وقد صدقت هذه، وزعمت أن حقها سواء، ويقاسم الابن المرأة الباقيتين ما فى يده على ثلاثة وعشرين؛ لأن القسمة بزعم من ثمانية وأربعين لكل امرأة سهمان ولكل ابن أحد وعشرون، فهو يضرب فى الباقى بأحد وعشرين، وهى سهمان، فيكون بينهما على ثلاثة وعشرين سهمًا لها من ذلك سهمان، وله أحد وعشرون.

ولو ترك ابنًا وامرأة، فأقرت المرأة بابن، فصدقها فى ذلك الابن المعروف، فإن المقرّ به يقاسم المعروف ما فى يده نصفين؛ لأن ميراث البنتين فى يده، والذى فى يد المرأة ميراث النساء ولا حظ للبنتين فى ذلك، فإن أقرت بابنين وصدقهما المعروف فى أحدهما، فإن المتفق عليه لا يدخل فى نصيب المرأة؛ لما بينا، والابن الآخر يقاسم المرأة فى يدها على عشرة؛ لأن القسمة بزعمها من أربعة وعشرين لها ثلاثة، ولكل ابن سبعة.

٢١٢٧٩- ولوترك ابنًا وامرأة، وأقر الابن بثلاث نسوة، وصدقته المعروفة فى امرأتين منهن، فإن المعروفة تقاسم ما فى يدها أثلاثًا؛ لأن ميراث النساء فى يدها، وقد أقرت لهاتين بالزوجية، وإن حقها مثل حقها، ويقاسم الابن المرأة الباقية ما فى يده على تسعة وعشرين سهمًا؛ لأن القسمة بزعمه من اثنين وثلاثين للنسوة الثمن أربعة لكل واحدة منهن سهم، وللابن ثمانية وعشرون، فهى تدخل معه فيما فى يده، فيضرب لهم وهو ثمانية وعشرون، فإن تصادقت النسوة كلهن فيما بينهن، فإنهن يدخلن مع المعروفة فيما فى يدها، فيقسم ذلك بينهن أرباعًا؛ لأن ميراث النساء فى يدها، وقد أقرت لهن بالزوجية، ولو كانت المرأة هى التى أقرت بثلاثة بنين، فصدقها الابن فى أحدهم، فالذى

صدقه الابن يقاسمه ما فى يده نصفين، ويقسم ما فى يد المرأة على ثمانية عشر، لها أربعة، ولكل ابن سبعة؛ لأن القسمة بزعمها من اثنين وثلاثين، فإن الميت خلف أربعة بنين أو امرأة، فيكون للمرأة الثمن أربعة لكل ابن سبعة فما فى يدها يقسم بينها وبين الابنين المحجودين على قدر حقوقهم، ولو صدقها الابن، فهم جميعًا دخلوا معه فى نصيبه، فيقسمون ذلك أرباعًا، ولم يأخذوا من المرأة شيئًا؛ لأن نصيب الأولاد فى يد الابن المعروف، وقد صدق بهم، فهم بمنزلة الأولاد المعروفين للميت.

الفصل الخامس والأربعون
فى إقرار أحد الورثة بوارث ثم إنكاره وراثته
وإقراره بوارث آخر

٢١٢٨٠- وإن أقر أحد الورثة بوارث، ثم أنكره، ثم أقر بآخر لم يصدق على الذى أقر به أولا فى إبطال حقه؛ لأنه رجوع عن إقرار، وقد صح منه، والمقرّ لا يملك الرجوع بعد الإقرار، ويكون الآخر على حقه فيما بقى فى يده على ما وصفنا إن لم يمكنه أنكر الأول.

وبيان هذا الأصل:

٢١٢٨١- رجل مات، وترك ابنين، فأقر أحدهما بأخ، ثم أنكره، ثم أقر بأخ، فإن الأول يأخذ نصف ما فى يده؛ لأنه بالكلام الآخر أقر أن حقهما فى التركة سواء، فما بقى فى يده يقسم بينهما نصفان.

فإن قيل: لماذا لم يجعل إنكاره حجة عليه حتى يكون هو مستهلكًا نصف ما فى يده بالإقرار الأول، فيكون ذلك محسوبًا من نصيبه، ويدفع إلى الثانى نصف ما فى يده؛، قلنا: لأنه بالإقرار ما صار مستهلكًا شيئًا، وإنما يكون الاستهلاك بالدفع وهو مجبر على ذلك فى الحكم، ويكون ذلك محسوبًا عليه.

ولو ترك الميت أخاه، فأقر بابن للميت، ثم أنكره، ثم قال: لا، بل فلان ابنه، فإن الأول يأخذ جميع ما فى يده، ولا شىء للآخر، لأنه صار مقرًا للأول بجميع ما فى يده، ثم إنكاره رجوع، فيكون باطلا، ولا شىء للآخر؛ لأنه دفع إلى الأول جميع ما فى يده بقضاء القاضى، فلا يصير ضامنًا للآخر شيئًا، ولو كان الإقرار منه بعد الدفع بغير قضاء كان ضامنًا للثانى جميع ما دفع إلى الأول؛ لأنه دفع باختياره، وحين أنكر، فقد زعم أنه لم يكن له فى التركة حق، وإنما كانت التركة للثانى، وقد استهلكها عليه بالدفع إلى غير

مستحق باختياره .

٢١٢٨٢ - رجل مات ، وترك داراً وابناً ، ثم مات الابن ، وترك ابنين ، فأقر أحدهما بابن الميت الأول أعطاه ثلثى ما فى يده كأنه زعم أن الميت الأول خلف ابنين ، فإن نصف التركة للمقرّ به ، والنصف الآخر بينه وبين أخيه نصفين بالميراث من أبيهما ، فحقه نصف حق المقرّ به بزعمه ، فلهذا يعطيه ثلثى ما فى يده ، ولو كان الابن حين مات ، وترك ابنتين ، فأقرت إحداهما بابن الميت الأول أعطته أربعة أخماس ما فى يدها ؛ لأنها زعمت أن للمقرّ به النصف بالميراث من أبيه ، وأن النصف الباقى قد صار أثلاثًا بموت أبيها للابنين الثلثان ، وللأخ ما بقى ، فإذا بزعمها لها سدس الدار ، وللمقرّ به أربعة أسداس ، فيقسم ما فى يدها بينهما على ذلك أخماسًا .

ولو ترك ابنين من أم ولده ، وترك الدار ، ثم مات أحدهما ، وترك الدار ، ثم مات أحدهما ، وترك بنتًا ، وترك عبداً سوى نصيبه من الدار ، ثم إن عم الجارية أقرّ بأخ لأب ، فإنه يعطيه نصف ما وصل إليه من الدار ، ولا يعطيه مما ورث من العبد شيئًا ، أما لا يعطيه من العبد شيئًا ؛ لأن حصته من العبد ميراثًا له من أخيه ، وبزعمه أن أخيه مات عن ابنه وأخ لأب ، ولا شىء للأخ لأب وأم ، وأما الدار : فهى ميراث عن ابنه ، وهو يزعم أن المقر له مساوٍ له فيما ورث من أبيه ، فلهذا يعطيه نصف ما وصل إليه من الدار ، قالوا : وهذا غير صحيح ؛ لأن الواصل إليه فى الحاصل ثلاثة أرباع الدار : نصفه بالميراث من أبيه ، والربع بالميراث من أخيه ، وحق المقر له بزعمه فى ثلث الدار ، فلا معنى لقوله : يعطيه نصف ما وصل إليه من الدار إلا أن يكون مراده نصف ما وصل إليه بالميراث من أبيه ، وهو محتمل أيضًا ؛ لأن بعض ما وصل إليه بالميراث من أبيه ورثه حق المقر به فى ذلك الجزء ، فلا وجه له سوى أن يقال : موضوع المسألة فيما إذا اختلف أحد الابنين ابنتين ، فحينئذٍ العائد إلى الأخ ثلث النصف ، فيجتمع فى يده ثلثا الدار ، فيؤمر تسليم نصف ذلك إلى المقر به لإقراره أن ثلث الدار له إرث عن أبيه .

ولو أقر بأخ لأب وأم ، قاسمه ما وصل إليه من الدار ، وللعبد نصفين ؛ لأنه يزعمه أن المقر به مساوٍ له فى التركتين جميعًا ، فما وصل إليه من التركتين يكون بينهما نصفين .

ولو مات وترك ابنين ، ثم مات أحدهما ، وترك ابنة ، فأقر الابن الباقى بامرأة

الميت، وإنها لها[1]، وانكرت الابنة ذلك، فإنه يعطيها مما في يده تسعة عشر سهمًا من خمسة وسبعين؛ لأن فريضة الميت الأول بزعمه من ستة عشر، للمرأة سهمان، ولكل ابن سبعة، ثم مات أحد الابنين، وترك أمّا وأختًا، فتكون هذه الفريضة من ستة، ويصيبه من التركة الأولى سبعة، وقسمت سبعة على ستة لا يستقيم، فيضرب ستة عشر في ستة، فيكون ستة وتسعين، كان للأم من التركة الأولى سهمان، فضربتهما في ستة، فذلك اثنى عشر، ولكل ابن اثنان وأربعون، وحصل للابن الباقي من تركة الابن الميت أربعة عشر، فجملة ما حصل للابن الباقي من التركتين ستة وخمسون، ونصيب الأم من التركة الأولى اثنى عشر، ومن التركة الثانية سبعة، فجملة ذلك تسعة عشر يضمّ، ولكل إلى نصيب الابن الباقي، فصار خمسة وسبعين، فلهذا يفعلها مما في يده تسعة عشر سهمًا من خمسة وسبعين.

٢١٢٨٣- رجل مات، وترك ابنين وألفي درهم، فأخذ كل واحد منهما ألفًا، ثم إن أحدهما مات، وترك مائة درهم، والأخ وارثه، وهما أخوان لأب وأم، ثم إن الباقي أقرّ بالأخ لأب، فإنه يقاسم هذه الألف ومائة درهم نصفين؛ لأنه زعم أن حقه الميت الثاني كان في ثلثي الألف، وإن ما أخذه زيادة على حقه، كان مستحق الرد عليه، فإنما استوفى ذلك من تركته، فضمانها كان مستحقًا عليه، فيكون ذلك كله تركة الميت الأول، وقد زعم أن هذا المقر ما ولد من تركته، فلهذا قاسمه ما في يده نصفين، وكذلك لو كان ترك أكثر من مائة درهم إلى ثلث الألف، فإن كان ترك أكثر من ثلث الألف، أخذ من ذلك ثلث الألف، وأخذ من المقر ثلث الألف التي كان في يده، ولا حقّ له فيما بقي؛ لأن المقر يزعم أن حق المقر به في ثلث المال، كان الألف بأن ذلك دين على الميت الثاني، فيأخذ ذلك القدر من تركته، ثم ما بقي ميراث من الميت الثاني، وقد ترك أخًا لأب وأم وأخًا لأب، فيكون الميراث كله للأخ لأب وأم.

٢١٢٨٤- ولو أن رجلا في يديه ألف درهم، ورثها من أبيه وهو مجهول الميت، فأقر بأخ له من أبيه، فقال المقر به: قد أقررت أن هذه الألف تركها أبي، وإنك تزعم أنك ابنه، ولست ابنه، فادفعها إليّ، فالقول قول الذي في يديه ألف درهم، وللمقر به

(١) وفي الأصل: أمها.

نصفها؛ لأنه كان مستحقًا لها بيده، إنما أقرّ للمقرّ به بنصفها، ولا يأخذ أكثر من ذلك الألف يقيم البينة على نسبه، فحينئذٍ يأخذ الجميع؛ لأنه أثبت سبب استحقاقه بالبينة، وليس للآخر سبب مثله، فلا يزاحمه، وفى الأول إنما يثبت سبب استحقاقه بإقرار ذوى اليد، وهو ما أقر له الأب بالنصف، وصحة إقرار ذى اليد باعتبار كونه وارثًا للميت.

٢١٢٨٥- رجل مات، وترك أخًا لأبيه وأخًا لأمه، فيقسم المال، ثم ادعى رجل أنه أخو الميت لأبيه وأمه، فقال الأخ من الأب: أنت أخى لأبى وأمى، وقال الأخ من الأم: أنت أخى لأبى وأمى، فإن المقر به يقاسم الأخ من لأب ما فى يديه نصفين لأخ، وإنه أخ الميت لأب يساويه فى التركة، والمقر له صدقه فى ذلك زيادة عليه، فيقاسم ما فى يديه نصفين، وفى يده خمسة أسداس التركة، فقد وصل إلى المقر به سدسان ونصف سدس، ولا يدخل فى نصيب الأخ من الأم؛ لأن الأخ من الأم يزعم أنه مثله أخ لأم، وإن نصيبه من التركة السدس، وما وصل إليه أكثر من ذلك، فلهذا لا يزاحمه فى شىء مما فى يديه.

ولو قال الأخ من الأم: أنت أخى لأبى وأمى، وأنكره الأخ من الأب، فإنه يقاسم الأخ من الأم ما فى يديه نصفين لإقراره أنه مساوٍ له فى تركة الميت، ولم يصل إليه شىء من التركة، فيعطيه المقرّ نصف ما فى يده، ولو قال: الأخ من الأم: أنت أخو الميت لأبيه وأمه كما قلت، وقال الأخ من الأب: أنت أخى لأبى، ولست بأخى الميت، فإن المقرّ به يقاسم الأخ لأب ما فى يديه نصفين؛ لما قلنا، ثم يضم ذلك النصف إلى ما فى يد الأخ من الأم، فيقسمان ذلك على ستة للأخ من الأم سهم، وللمقرّ خمسة؛ لأن فى زعم الأخ من الأم أن الميت خلف ثلاث أخوة متفرقين، فيكون للأخ من الأم سهم، والباقى للأخ لأب وأم ولا شىء للأخ لأب، فإن ما أخذ أخذ ظلمًا، فيجعل ذلك كالتاوى، وإنما حاصل التركة ما فى أيديهما، فيقسم بينهما أسداسًا باعتبار زعمهما، ولو كان صدقه الأخ من الأب فإنه يأخذ جميع ما فى يد الأخ لأب؛ لأن المستحق بالعصوبة ما فى يده، وقد أقر أنه مقدم عليه فى الاستحقاق بالعصوبة، ولا يدخل فى نصيب الأخ من الأم سواء أقر له بذلك، أو أنكره؛ لأن ما ادعى من الإخوة لو كان ظاهرًا كان السدس سالمًا بالفريضة للأخ، وليس فى يده أكثر من ذلك، ولو قال الأخ لأم: أنت أخو الميت لأبيه، وكذبه الأخ لأب، فإنه يقسم ما فى يد الأخ لأم على سبعة؛ لأن فى زعم الأخ لأم أن

الميت ترك أخًا لأم وأخوين لأب، وإن القسمة من اثنى عشر: للأخ لأم سهمان، ولكل أخ من الأب خمسة، فيضرب المقرّ به فيما فى يده بخمسة والمقرّ بسهمين، فيكون ذلك بينهما أسباعًا.

٢١٢٨٦- ولو ادعى رجلان أنهما أخو الميت لأبيه وأمه، فقال الأخ لأب لأحدهما: أنت أخى لأبى وأمى، وكذب الأخ الآخر، وقال الأخ لأم للآخر: أنت أخى لأبى وأمى، وكذب المقرّ بهما فيما بينهما، فالذى أقر به الأخ لأب يأخذ منه نصف ما فى يده لإقراره أنه مساوٍ له فى التركة، فالذى أقر به الأخ لأم يأخذ منه أيضًا نصف ما فى يده لإقراره أنه مساوٍ فى التركة، ولايرجع أحدهما على الآخر بشىء؛ لأن كل واحد منهما مكذب لصاحبه إلا أن يتصادق المقرّ بهما، فحينئذٍ يقسمان ما أخذوا بينهما نصفين باعتبار تصادقهما.

ولو قال الأخ لأب لأحدهما: أنت أخو الميت لأبيه وأمه كما قلت، وكذب المقرّ بهما فيما بينهما، فالذى أقربه الأخ من الأب يأخذ منه جميع ما فى يده لإقراره أنه مقدم عليه فيما هو مستحق بالعصوبة، ويقاسم الذى أقر به الأخ من الأم ما فى يد الأخ من الأم على ستة لإقراره أن له خمسة أسداس التركة وللمقرّ السدس، وفى يده جزء من التركة فيقاسمه فى يده أسداسًا، وإن تصادق المقرّ بهما بعضهما ببعض، فإذا أخذه الذى أقر به الأخ لأب منه جميع ما فى يده قاسم ذلك الآخر نصفين، ولا يرجع فى نصيب الأخ لأم شيئ؛ لأنه قد استوفى جميع حصته من الميراث بزعمه، ألا ترى أنه لو قامت لهما بينة بذلك أخذ ما بقى فى يد الأخ لأب، لم يكن لهما سبيل على ما فى يد الأخ لأم.

ولو قال الأخ لأب لأحدهما: أنت أخى لأبى وأمى، وقال الآخر الذى صدقه الأخ من الأم: صدق أخوك حين أقر بك أنت أخ لأم، وخرج الكلامان معًا، فالذى أقر للأخ من الأم يأخذ من الأخ لأب السدس من جميع المال؛ لأنه يزعم أن الميت خلف أخوين لأم وأخوين لأب، فيكون للأخوين لأم الثلث لكل واحد منهما السدس، وقد أخذ المعروف منهما السدس، فيأخذ هذا المقرّ به سدسا آخر منه، ولا يدخل فى نصيب الأخ من الأم شىء، ثم ما بقى فى يد الأخ لأب، يقسم بينه وبين الآخر الذى أقر له بالإخوة لأب نصفين، ولو كان الأخ لأب أقر بأخ من أبيه، ودفع إليه نصف ما فى يده

بقضاء أو بغير قضاء، ثم أقر بأخ لأم، وصدقه فيه الأخ لأم، فإن كان دفع النصف إلى الأول بقضاء قاضٍ، فإن المقرّ به الآخر يأخذ ثلث ما بقى فى يده؛ لأنه يزعم أن لهذا المقرّ به سدس التركة، وإن له ثلث التركة، وللمقرّ به الأول الثلث، وقد وقع إلى الأول زيادة على حقه بقضاء القاضى، ، فلا يكون ضامنًا لذلك، ولكن يقسم ما بقى فى يديه بينه وبين المقرّ على قدر حقهما، فإذا أخذ ثلث ما فى يد الأخ لأم، فيقسمان ذلك نصفين؛ لأنهما تصادقا أن حقهما فى التركة سواء، فإن كان يدفع إلى الأول بغير قضاء، أخذ منه خمس ما كان فى يده، وهو سدس جميع المال، ولا يدخل فى نصيب الأخ؛ لأن الأخ لأب قد أقر له بسدس كامل، وما دفعه إلى الأول بغير قضاء محسوب عليه من نصيبه، فيجعل ذلك كالقائم فى يده، فلهذا يعطيه كمال نصيبه بزعمه.

٢١٢٨٧- وإذا ترك الرجل أختًا لأب وأختًا لأم وعمّا، فاقتسموا التركة، وأخذت الأخت لأب النصف والأخت لأم السدس والعم ما بقى، فادعت امرأة أنها أخت الميت لأب وأم، فقالت الأخت من الأم: أنت أختى لأبى وأمى، وقال الأخت لأب: أنت أختى لأبى وأمى، وكذبهما العم، فالمقرّ بها تأخذ نصف ما فى يد الأخت لأب، ولا تدخل فى نصيب الأخت لأم؛ لأن الأخت لأب أقرت أنها تساويه فى تركة الميت، فتأخذ نصف ما فى يدها، والأخت لأم زعمت أن نصيبها سدس التركة، وقد وصل إليها الربع، فكيف تدخل فى نصيبها، ولو كذبته الأخت من الأب مع العم قسم ما فى يد الأخت من الأم بينهما نصفين لإقرارها أن تساويها فى سبب الاستحقاق، ولم يصل إليها شىء من التركة، ولو قالت الأخت لأم: أنت أخت الميت لأبيه وأمه، وكذب الآخران بها، قسم ما فى يد الأخت لأم على أربعة؛ لأنها تزعم أن لها النصف من التركة ثلاثة من ستة، فتضرب هى فيما فى يد الأخت لأم بثلاثة، فالأخت لأم بسهم، فإن صدقت الأخت من الأب بما قالت الأخت من الأم، قسم ما فى يد الأخت من الأب، وما بقى فى يدى الأخت لأم على خمسة، ثلاثة أسهم للمقرّ بها، وسهم للأخت من الأم؛ لأنهم تصادقوا فيما بينهم على أن نصيب كل واحد من التركة هذا المقدار، ولو لم تقر بها واحدة منهما، ولكن العم أقر بالأخت للميت لأب وأم، قسم ما فى يد العم على أربعة؛ لأن العم يزعم أن حقها فى نصف التركة ثلاثة من ستة وحقه فى سهم، فإنما تضرب هى بثلاثة والعم بسهم.

ولو ترك أباه وأمه ، فأقرت الأم بأخوين للميت ، وكذبها الأب فى ذلك ، فالفريضة من ستة ، للأم السدس ، وللأب الثلثان ، ويتوقف السدس الباقى فى يد الأم ؛ لأنها أقرت أن هذه السدس للأب دونها ، فإن الأخوين يحجبانها من الثلث إلى السدس ، والأب كذبها فى هذا الإقرار ، وزعم أن الثلث لها ، فيبقى موقوفًا فى يدها إلا أن يصدقها الأب ، ولا يقضى للأخوين ؛ لأنهما ولو كانا معروفين ، لم يستحقا شيئًا من الأب ، وكذلك إن صدقها الأب فى أحدهما لم يأخذ السدس حتى يصدقها فيهم ؛ لأن الأخ الواحد لا يحجب الأم من الثلث إلى السدس ، فإذا صدقها فيهما ، أخذ السدس الباقى ؛ لأنها أقرت له بذلك بسبب لا يحتمل النسخ ، فلا يبطل بتكذيبه وتصديقه إياها فى الانتهاء كتصديقه إياها فى الابتداء .

ولو ترك ابنة وأخاه لأبيه وأمه وامرأته ، فأقرت الابنة بامرأة للميت ، فإن صدقها المعروفة فى ذلك المقرّ بها ، تقاسم المعروفة ما فى يدها نصفين ، ولا يدخل فى نصيب الابنة ؛ لأن ميراث النساء فى يد المعروفة ، وقد أقرت بها ، وإن كذبتها المعروفة ، قسم ما بقى فى يد الابنة على سبعة وعشرين سهمًا ؛ لأنه بزعم الابنة أن أصل الفريضة من ثمانية للمرأتين الثمن بينهم نصفين ، وهو لا يستقيم عليهما ، فيكون القسمة من ستة عشر للابنة من ذلك ثمانية ، ولكل امرأة سهم ، والابنة تضرب ، فما فى يدها بثمانية ، والمقرّ بها بسهم ، فتستقيم القسمة على تسعة ، وفى الكتاب خرجه من ثلاثة أمثاله ، فأعطى المقرّ بها ثلاثة من سبعة وعشرين ، ولا فرق بين سهم من تسعة وبين ثلاث من سبعة وعشرين ، ولو كانت المرأة المعروفة هى التى أقرت بابنة للميت ، وصدقتها الابنة المعروفة ، جميع ما فى يد الابنة وما فى يد المرأة المعروفة ، فاقتسموا ذلك على تسعة عشر سهمًا ؛ لأنها اتفقتا على أن القسمة من أربعة وعشرين للابنتين الثلثان ستة عشر ، وللمرأة الثمن ثلاثة ، فيقسم ما فى أيديهما على ما اتفقتا عليه ، ولا يقال : عن تصديق الابنة ينبغى أن لا يدخل المقرّ بها فى نصيب المرأة كما فى المسألة الأولى ، وهذا لأن جميع ميراث النساء هناك كان فى يد المعروفة ، وههنا لا يحصل فى يد الابنة المعروفة ميراث الابنتين ؛ لأن فى يدها النصف وميراث الابنتين الثلثان ، ولو كذبتها الابنة المعروفة قسم ما فى يد المرأة على أحد عشر سهمًا ؛ لأنها تضرب بثلاثة ، والمقرّ بها بثمانية كما أقرت لها يد ، فإن صدقها الأخ فى ذلك جمع ما فى يد الأخ وما فى يد المرأة ، فيقتسمون ذلك على ستة عشر سهمًا ؛ لأن

بزعمها أن للمرأة ثلاثة، وللمقرّ بها ثمانية، وللأخ خمسة، فيقتسم ما فى يدها على هذا باعتبار زعمها، ولو تقر المرأة بها، ولكن الأخ أقر بها، فإنه يقسم ما فى يد الأخ على ثلاثة عشر سهمًا؛ لأن بزعم الأخ لها ثمانية، وله خمسة.

ولو ترك ابنًا، وأقر الابن بأخ له، ودفع إليه نصف ما فى يده، ثم إن المقرّ له أقر بأخ، وكذبه الابن المعروف فى ذلك، فإن المقرّ يأخذ نصف ما فى يد المقرّ به الأول؛ لأنه صار أحق بما وصل إليه بإقرار الابن المعروف، وقد زعم أن المقرّ به الثانى مساو له فى ذلك، فإذا دفع إليه بقضاء أو بغير قضاء، ثم أقر بأخ له، وصدقه الابن المعروف، وكذبه المقرّ بهما بعضهما ببعض، فإن كان الأخ المقرّ دفع نصف ما فى يده إلى الأول بقضاء أخذه المقرّ له الآخر منه خمسى ما بقى فى يده؛ لأنه لاضمان عليه فى شيء مما دفعه إلى الأول بقضاء القاضى، يبقى ما فى يده، وهو يزعم أن حقه فى سهم من أربعة نصف ذلك فى يده ونصفه فى يد أخيه، وهو مقرّ له بذلك الباقى، وهو ثلاثة، بينه وبين المقرّ به الأول نصفين، لكل واحد منهما سهم ونصف، وإنما يضرب هو فيما فى يديه بسهم من أربعة والمقرّ بسهم ونصف، فانكسر بالأنصاف فأضعفه، فيكون خمسة، فلهذا يأخذ خمس ما بقى مما فى يده، ويضمه إلى ما فى يد الابن المعروف، فيقسمان ذلك نصفين لتصادقهما على أن حقهما فى التركة سواء، وإن كان دفع بغير قضاء أخذ منه المقرّ به الآخر ربع ما كان فى يده؛ لأنه أقر أن له الربع فى كل جزء من التركة، فإن الميت خلف بزعمه أربعة بنين، وما دفع إليه بغير قضاء محسوب عليه، فيجعل كالقائم فى يده، فيدفع إلى المقرّ به الآخر جميع حقه، وهو ربع ما كان فى يده، فيضمه إلى ما فى يد الابن المعروف، فيقسمان ذلك نصفين، وإن تصادق المقرّ بهما فيما بينهما أخذ المقر له الآخر ثلث ما بقى فى يد الابن المعروف؛ لأنه يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين، وأن حق هذا المقرّ به الآخر فى ثلث التركة، وما فى يده جزء، فيدفع إليه ثلث ذلك، ويضمه إلى ما فى يدى المقرّ والمقرّ به الأول، فيقتسمونه أثلاثًا لتصادقهم على أن حقهم فى التركة سواء.

الفصل السادس والأربعون
في الإقراربالوارث بعد القسمة

٢١٢٨٨- وإذا مات الرجل، وترك ابنين وعبدين أو عبدًا أو دارًا، فاقتسما، وأخذ كل واحد منهما حصته، ثم أقر أحدهما بأخ، وكذبه الآخر، فإنه يعطيه ثلث ما في يده، ودفع قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن المقرّ يزعم أن الميت خلف ثلاثة بنين وأن حق المقرّ به في ثلث التركة، وفي يده جزء من التركة، فيعطيه ثلث ذلك، وما أخذه أخوه كان في الأصل في يدهما نصفه في يد الأخ، فلا يضمن المقرّ شيئًا من ذلك للمقرّ به، ونصفه في يده سلمه إليه، فيغرم للمقرّ به حصته من ذلك، وحصته نصف ذلك النصف؛ لأنه يستوى به في التركة بزعمه، فلهذا يغرم له ربع قيمة ما صار لأخيه.

لو أقر أحدهما بأخت، وكذبه الآخر أعطاها خمس ما في يده، وسدس قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن للميت بزعمه ابنين وابنة، فحقها في خمس التركة، فيعطيها خمس ما في يده، والنصف الذى دفعه إلى أخته لو كان في يده كان حقها في ثلث ذلك؛ لأن حق المقرّ ضعف حق المقرّ به، وإنما يغرم لها ثلث النصف وذلك سدس الكل.

ولو أقر بأخ وأخت، وكذبه الآخر فيهما، وتكاذبا فيما بينهما، فإنه يعطى الأخت سبع ما في يده، وعشر قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن للميت بزعمه ثلاث بنين وابنة، فيكون نصيب الابنة سهمًا من سبعة، فيعطيها سبع ما في يده وعشر قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن النصف الذى دفعه إلى صاحبه من ذلك لو كان في يده كان يعطيها خمس ذلك النصف، فإن ذلك النصف يقسم بين المقرّ والأخ المقرّ به والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون حقها في خمس ذلك وخمس النصف عشرا لجميع، ويعطى الأخ مثل ذلك؛ لأن النصف للأخ بزعمه سهمان من سبعة، فيعطيه سبعى ما في يده وخمس قيمة ما صار لأخيه؛ لأن حقه بزعمه في خمسى نصف ذلك.

ولو كان أقر بأختين معًا، فإنه يعطى كل واحدة منهما سدس ما في يده؛ لأن للميت بزعمه ابنتان وابنان، فيصير لكل واحدة من الابنتين سدس التركة، فيعطى كل

واحدة منهما سدس ما فى يده وثمن قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن النصف الذى سلمه إلى صاحبه، لو كان يعطى لكل واحدة ربع ذلك، فإن ذلك النصف بين المقرّ وبين المقرّ بهما للذكر مثل حظ الأنثيين، فإنما يغرم لكل واحدة ربع قيمة النصف وهو ثمن قيمة الجميع.

ولو أقر بأخرين معًا أعطى كل واحد منهما ربع ما فى يده؛ لأن للميت بزعمه أربعة بنين، فنصيب كل واحد من المقرّ بهما مما فى يده الربع، ويغرم لكل واحد منهما سدس قيمة ما صار لصاحبه؛ لأن النصف الذى كان فى يده من ذلك لو لم يدفعه إلى صاحبه لكان يقسم ذلك سهم أثلاثًا لاستواء حقهم فى التركة، فإنما يغرم لكل واحد منهما ثلث النصف وهو سدس الجميع.

ولو ترك ابنين وبنتًا وعبدين ودارًا، فاقتسموا، وأخذت الابنة عبدًا، وأخذ أحد الابنين عبدًا، والآخر الدار، فأقرت الابنة بأخ أعطته سبع ما فى يدها، وقد كان فى يدها مما وصل إلى كل واحد من الأخوين بالخمس باعتبار نصيبهم فى التركة، فذلك الخمس لو كان فى يدها، لكان بينها وبين المقرّ به أثلاثًا، فظهر أن حق المقرّ به فى ثلثى خمس ما صار لكل واحد منهما، وذلك جزءان من خمسة عشر جزءً، فإن خمس خمسة عشر ثلاثة، وثلثاه جزءان، فلهذا تغرم للمقرّ به جزئين من خمسة عشر، وأصاب فى يد كل واحد من الأخوين.

ولو كانت أقرت بأخت أعطتها سدس ما فى يدها وعشر قيمة ما صار لكل واحد من الأخوين؛ لأن للميت بزعمها ابنًا وابنتان، فيصيب للمقرّ به بزعمها سدس التركة، فلهذا أعطتها سدس ما فى يدها، وقد كان مما وصل إلى كل واحد من الأخوين فى يدها الخمس، ولو بقى ذلك كان مقسومًا بينهما وبين الأخت المقرّ بها نصفان، وخمس النصف عشر الجميع، فلهذا يغرم لها عشر ما صار لكل واحد منهما.

ولو أقرت بأخ وأخت يعطى الأخ ربع ما فى يده؛ لأن للميت بزعمها ثلاثة بنين وابنتين، فتكون القسمة من ثمانية لكل ابن سهمان وهو الربع، فيعطيه ربع ما فى يدها وعشر قيمة ما صار لكل واحد من الأخوين؛ لأنه كان فى يدها خمس ما صار لكل واحد من الأخوين مقسومًا بينهما وبين المقرّ بهما أرباعًا نصف ذلك للأخ، والربع لكل أخت ونصف الخمس عشر الجميع، فلهذا تغرم للأخ عشر قيمة ما صار للأخوين، فيعطى

الأخت مثل نصف ذلك ؛ لأن حقهما مثل نصف حق الأخ .

ولو أقرت بأخوين معًا، أعطت كل واحد منهما تسعى ما فى يدها ؛ لأن للميت بزعمها أربعة بنين وابنة فتكون القسمة من تسعة لكل واحد منهما تسعى ما فى يدها وقيمة جزئين من خمسة وعشرين جزءً مما صار للأخوين ؛ لأنه كان فى يدها خمس ما صار لكل واحد منهما، ولو بقى ذلك فى يدها لكان مقسومًا بينهما أخماسًا، فلهذا تغرم لكل واحد خمس الخمسة واحتجّا إلى حساب له خمس ولخمسه خمس، وأقل ذلك خمسة وعشرون خمسة خمسه، وخمسا خمسة سهمان، فلهذا غرمت لكل واحد منهما جزءان من خمسة وعشرون جزءً مما صار للأخوين .

ولو كانت أقرت بأختين أعطت كل واحد منهما سبع ما فى يدها ؛ لأن للميت بزعمها ثلاث بنات وابنان، فيكون القسمة من سبعة، فلهذا أعطت كل واحدة سبع ما فى يدها، وقيمة جزء من خمسة عشر جزءً مما صار للأخوين ؛ لأن ما كان فى يدها، وهو الخمس صار للأخوين، ولم يدفعها إلى الأخوين لكان مقسومًا بينهما وبين المقر بهما أثلاثًا، فحق كل واحد منهما فى ثلث ذلك الخمس، وهو جزء من خمسة عشر من الكل .

ولو كان أحد الابنين أقر بأخ وأخت، وكذبه الآخران فيهما، فإنه يعطى الأخت ثمن ما فى يده ؛ لأن للميت بزعمه ثلاثة بنين وابنتان، فيكون القسمة من ثمانية، فلهذا أعطى الأخت ثمن ما فى يده، وقيمة جزئين من خمسة وعشرين عشر جزءًا مما صار للأخوين ؛ لأنه كان فى يده باعتبار الأصل خمسا ما صار لكل واحد من الأخوين، ولو كان ذلك فى يده لكان يقسم بينه وبين المقرّ بهما أخماسًا للأخت خمس ذلك وخمسا خمسة وعشرين عشرة، فخمس ذلك سهمان، فلهذا يغرم للأخت قيمة جزئين من خمسة وعشرين جزءً مما صار للأخوين يعطى الأخ مثل ذلك ؛ لأن حقه فى التركة ضعف حق الأخت .

ولو كان أقر بأخوين معًا، فإنه يعطى لكل واحد منهما ما فى يده ؛ لأن للميت بزعمه أربعة بنين وابنة، فيكون القسمة من تسعة، ونصيب كل ابن سهمان، فيعطى كل واحد تسعى ما فى يده لهذا، ويغرم لكل واحد منهما جزئين من خمسة عشر جزءً مما صار

للأخوين ؛ لأنه كان فى يده باعتبار الأصل خمسا ما فى يد كل واحد من الأخوين ، ولو بقى ذلك فى يده ، لكان مقسومًا بينه وبين المقرّ بهما أثلاثًا ، فإنما يغرم لكل واحد منهما ثلثى الخمس ، وذلك جزءً من خمسة عشر جزءً .

ولو ترك ابنًا وابنتين وعبدين وأمة ، فاقتسموا ، فأخذ الابن الأمة ولكل ابنة عبدا ، ثم أقرت إحدى الابنتين بأختين ، أعطت كل واحدة منهما سدس ما فى يدها ؛ لأن للميت بزعمها ابن وأربع بنات ، فيكون القسمة من ستة لكل ابنة سهم ، فلهذا يعطى كل واحدة منهما السدس مما فى يدها ، ويعطى أيضًا قيمة من اثنى عشر جزءً مما صار للأخوين ؛ لأنه كان فى يدها باعتبار الأصل ربع ما فى يد كل واحد منهما ، ولو بقى ذلك فى يدها لكان مقسومًا بين المقرّ بهما أثلاثًا بالسوية ، وإنما تغرم لكل واحد منهما ثلث الربع وهو جزء من اثنى عشر جزءً ؛ لأن ربع اثنى عشر ثلاثة .

ولو كانت أقرت بأخوين وأخت معًا أعطت الأخت تسع ما فى يدها ؛ لأن للميت بزعمها ثلاثة بنين وثلاث بنات ، فيكون القسمة من تسعة ، ونصيب الأخت سهم ، فيعطيها تسع ما فى يدها ، وقيمة جزء من أربعة وعشرين جزءً مما صار للأخوين ؛ لأنه كان فى يدها ربع ما صار لكل واحد منهما ، ولو بقى ذلك فى يدها ، لكان مقسومًا بينهما وبين المقرّ بهم أسداسًا للأخت سدس ذلك ، وسدس الربع جزء من أربعة وعشرين جزءً ؛ لأن ربع أربعة وعشرين ستة ، وسدسه جزء واحد ، ويعطى الأخ مثلى ذلك ؛ لأن نصيبه ضعف نصيبها .

ولو كان الابن أقر بثلاث أخوات معًا ، وكذبته الأختان فى ذلك أعطى كل واحدة منهما تسع ما فى يده ؛ لأن للميت بزعمه ابن وخمس بنات ، فتكون القسمة من سبعة لكل ابن سهم ، ويغرم لكل واحدة منهن قسمة جزئين من عشرين جزءً مما صار للأختين ؛ لأنه كان فى يده باعتبار الأصل نصف ما صار لكل واحدة منهما ، ولو بقى ذلك فى يده لكان مقسومًا بينه وبين المقرّ بهن أخماسًا ، فإنما يغرم لكل واحدة منهن خمس النصف ، وخمس النصف عشر الجميع ، وكان ينبغى أن يقول : جزء من عشرة أجزاء ولكنه بنى هذا على ما تقدم من القسمة بالأرباع حين كان العشرة للابنة ، فجعل فى يد الابن جزئين من عشرين لهذا .

ولو كان أقر بأخوين وأختين معًا أعطى كل أخ خمس ما في يده؛ لأن الميت بزعمه ثلاثة بنين وأربع بنات، فيكون القسمة من عشرة لكل ابن سهمان، وسهمان من عشرة الخمس، فلهذا يعطى الأخ خمس ما في يده، وثمن ما صار للأختين؛ لأن في يده باعتبار الأصل نصف ذلك، ولو بقى ذلك في يده، لكان مقسومًا بينه وبين المقرّ بهم على ثمانية لكل أخ سهمان، ولكل أخت سهم، فإنما يغرم للأخ ربع النصف مما صار لكل أخت، وربع النصف ثمن الجميع، فلهذا قال: يغرم للأخ ثمن ما صار للأختين، ثم يعطى لكل أخت مثل نصيب الأخ، وعلى هذا جميع هذه الوجوه وقياسه -والله أعلم-.

كتاب الخنثى

هذا الكتاب يشتمل على فصلين:

الفصل الأول: في تفسيره ووقوع الإشكال في حاله

الفصل الثاني: في أحكام الخنثى المشكل، وإنه على قسمين: قسم يتعلق بحال حياته، وقسم يتعلق بما بعد موته، والقسم الذي يتعلق بحال حياته أنواع: نوع منه: يرجع إلى العبادات، ونوع: في بيان ما يكره، وما لا يكره بذلك، ونوع: في مسائل النكاح، ونوع: في الحدود والقصاص، ونوع آخر: في الأيمان، ونوع آخر: في إقرار الخنثى أنه ذكر وأنثى، وفي إقرار أبيه ووصيه بذلك، ونوع آخر: في الاختلاف الواقع في حالة الخنثى، والدعاوى في ذلك، وإقامة البينة عليها، ونوع: في المتفرقات.

الفصل الأول
في تفسيره ووقوع الإشكال في حاله

٢١٢٨٩- يجب أن يعلم بأن الخنثى من يكون له آلة الرجل والنساء، قال البقالي: ولا يكون له واحد منهما، ويخرج البول من ثقبه، ويعتبر المبال في حقه إن أمكن، فإن بال من مبال الرجال، فهو رجل، وإن بال من مبال النساء، فهي امرأة، وإن بال منهما، فهو من أسبقهما بولا، فإن استويا خروجًا، فهو مشكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يعتبر أكثرهما خروجًا، فإن استويا، فهو مشكل عندهما أيضًا، قالوا: وإنما يتحقق هذا الإشكال قبل البلوغ، فأما بعده يزول المشكل؛ لأن بعد البلوغ لا بد من أمارة تظهر له يعلم بها أنه رجل أو امرأة، فإن بلغ، وجامع بذكره، فهو رجل وإن لم يجامع بذكره، ولكن خرج لحيته، فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، فهو رجل، وإن لم يكن شيئًا من ذلك، ولكن حاضت، أو خرج له ثديان كثدي المرأة، فهو امرأة، وكذلك إذا حبلت، أو نزل من ثديها لبن، فهي امرأة، وإن لم يجامع بذكره، ولا خرجت لحيته، ولا رأت الحيض، ولا نبت له الثديان كثدي المرأة، ولا جومع كما يجامع المرأة، فهو رجل.

الفصل الثانى
فى أحكام الخنثى المشكل

وإنه على قسمين : قسم : يتعلق بحال حياته ، وقسم : يتعلق بما بعد مماته .

٢١٢٩٠- أما القسم الذى يختص بما بعد موته : فنقول : إذا مات الخنثى المشكل ، وقد راهق ، فإنه لا يغسله رجل ولا امرأة ، أما لا يغسله رجل لجواز أنه أنثى ، ولا يحل للرجل غسل الأنثى ، ولكن تيمّم بالصعيد ؛ لأنا عجزنا عن غسله لعدم الغاسل ، فيعتبر بما لو عجزنا عن غسله لعدم آلة الغسل وهو الماء ، وهناك تيمّم ، فههنا كذلك ، ويجعل المتيمم على يده خرقة إن لم يكن ذا رحم محرم منه ، فإن كان ذا رحم محرم منه ، فتيممه من غيرخرقة كما لو وقع العجز عن الغسل لعدم الماء ، ونظير ذلك ما قال محمد : فى امرأة تموت فى السفر معها رجال ، وليس معهم امرأة ، فإن الرجال تيمّموها بالصعيد مع الخرقة ، وإن كان المتيمم أجنبيًّا ، وبغير خرقة إن كان ذا رحم محرم منها ، وكذلك إذا مات الرجل فى السفر مع النساء ، وليس معهن رجل ، فإن النساء تيممن بالصعيد من غير خرقة إن كن ذوات رحم محرم منه وبخرقة إن كن أجانب عنه .

ولا بأس للذى يتيممه أن ينظر إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه إن كان المتيمم امرأة لجواز أنه رجل ، وإن كان المتيمم رجلا لجواز أنه أنثى ، وفى هذا أخذ بالاحتياط فيما بيّن أمره على الاحتياط ، وإن سجى قبره ، فهو أحب إلى هكذا ذكر ، وهذا نوع احتياط ، فلعل هذه امرأة ، ومبنى حال المرأة على الستر ، ولا بأس بتسجية قبر الرجل عند العذر كالحر والبرد والمطر ، واشتباه حاله فى العذر أبلغ من ذلك ، وإن حمل على السرير مقلوبًا ، فهو أحب إلى ، ومعنى المقلوب أنه إذا كان للجنازة قوائم تقلب ، وتجعل القوائم التى أسفل الجنازة أعلاه ، ثم يحمل عليه ؛ لأنه لا بد وأن تلقى عليه ثوب ، فإذا جعلنا الجنازة مقلوبًا يلقى الثوب على القوائم ، فيكون أستر لها مما إذا حمل على ظاهر الجنازة ، وإذا لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنازة ، ووضع عليه النعش ليكون أستر لها إن كان امرأة وهو السنة ، وإن كان رجلا ، فالنعش لا يضره ، وكان أولى الوجهين ما ذكرنا .

وإن دخل قبره ذو رحم محرم منه ليضعه فيه أحب إلى ؛ لأنه إن كان أنثى ، فدخل الأجنبى قبره ، فيضعه فيه فيكره ، ودخول المحرم لا بأس به ، وإن كان ذكرًا لا يضره دخول المحرم ، فكان الاحتياط فيما قلنا ، وإذا كفن فى كفن النساء خمسة أثواب ، فهو أحب إلى ؛ لأنه إن كان رجلا ، فالزيادة على ثلاثة لا يضره كما فى حالة الحياة ، فإن للرجل أن يلبس فى حال حياته الزيادة على الثلاث ، وإن كان أنثى كان فى الاقتصار على الثلاث ترك السنة ، فإن السنة فى كفن المرأة أن يكون خمسة أثواب ، فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا .

٢١٢٩١-وإن اجتمع جنازة الخنثى وجنازة الرجل وجنازة المرأة، فإنه يوضع الرجل المعروف مما يلى الإمام ، والخنثى خلف الرجل والمرأة خلف الخنثى ، أما يوضع الرجل المعروف مما يلى الإمام : فلأنه رجل من كل وجه ، والخنثى يجوز أن يكون رجلا ، ويجوز أن يكون امرأة ، ولاشك أن من يكون رجلا بتعين ، فهو أفضل ممن يجوز أن يكون رجلا ، وأن يكون امرأة ، وإن كان الرجل المعروف أفضل كان أولى أن يكون مما يلى الإمام الأفضل فالأفضل ، قال عليه السلام : «ليلينى منكم ذوى الأرحام والنهى»[1] ، ثم يقدم الخنثى على المرأة المعروفة ، فيوضع خلف الرجل ؛ لأن الخنثى يجوز أن يكون رجلا ، ومن جاز أن يكون رجلا ، فهو أفضل ممن هى امرأة ، ثم توضع المرأة ، وفى الحقيقة هذا بناء اعتبار الوفاة بحال الحياة ، فإن فى حالة الحياة لو صلوا الجماعة يصطفون خلف الإمام هكذا ، الرجل مما يلى الإمام والخناثى بعد الرجال والنسوة بعد الخناثى ، فكذا بعد الوفاة .

٢١٢٩٢-وإن دفن فى قبر واحد مع رجل الخنثى لحاجة أو عذر يقدم الرجل ، ويجعل الخنثى بعده لجواز أنه امرأة ، والمرأة تجعل خلف الرجل فى اللحد إذا دفنا فى قبر

---

(١) أخرجه ابن حبان فى "صحيحه" ٥/ ٥٤٦ (٢١٧٢) والحاكم فى "المستدرك" ١/ ٣٤٠ (٧٩٧) وأبو نعيم فى "المسند المستخرج على صحيح مسلم" ٢/ ٥٥ ، ٥٦ ، ٦٠ (٩٦٤ ، ٩٦٦ ، ٩٧٥) والضياء فى "الأحاديث المختارة" ٥/ ٢٩٠ (١٩٢٩) والترمذى فى "سننه" ١/ ٤٤٠ تعليقًا فى ترجمة الباب، وأبو عوانة فى "مسنده" ٢/ ٤٢ والدارمى أيضًا فى "سننه" ١/ ٣٢٤ (١٢٦٦) وابن ماجه فى "سننه" ١/ ٣١٢ (٩٧٦) وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ١/ ٣٠٨ (٣٥٢٧) وعبد الرزاق أيضًا فى "مصنفه" ٢/ ٤٥ (٢٤٣٠) والبيهقى فى "الكبرى" ٣/ ٩٦ (٤٩٤١) وأ]مد فى "مسنده" ٤/ ١٢٢ (١٧١٤٣) والبزار فى "مسنده" ٤/ ٣٤٧ (١٥٤٤) .

واحد، ويجعل بينهما حاجز من الصعيد، وطريقه ما قلنا، وإذا دفن الخنثى مع امرأة فى قبر واحد، يقدم الخنثى، ويجعل المرأة خلفه لجواز أن الخنثى ذكر، ويجعل بينهما حاجز من الصعيد؛ لما قلنا، وحكم ميراثه مع التفريعات ذكرناه فى كتاب الفرائض.

وأما القسم الذى تعلق بحال حياته فأنواع: نوع منه: يرجع إلى العبادات.

٢١٢٩٣- قال محمد رحمه الله قلت: فهل يصلى بقناع أو بغير قناع؟ قال: أحب أن يصلى بقناع يريد به قبل البلوغ؛ لأن الخنثى قبل البلوغ صبى أو صبية، فإن كان صبى تجوز الصلاة بغير قناع، ولا يؤمر بالإعادة لا حتمًا ولا استحبابًا تخلقًا واعتبارًا، وإن كانت صبية وهى مراهقة يجزئها الصلاة مكشوف الرأس؛ لأن ستر الرأس يسقط بقدر الرق قبل البلوغ، فيسقط بعذر الصباء أيضًا إلا أن المستحب لها ستر الرأس تخلقًا واعتبارًا، فإن كان مشكلا حاله كان له أن يصلى بقناعه.

٢١٢٩٤-هذا إذا كان الخنثى مراهقًا غير بالغ، وإن كان بالغًا بأن بلغ بالسن، ولم يظهر فيه بشىء من علامات الرجال والنساء لا يجزئه الصلاة بغير قناع إذا كان الخنثى حر؛ لأنه يجوز أن يكون ذكرًا، فيجزئه الصلاة، ويجوز أن يكون أنثى فلا يجزئها الصلاة بغير قناع؛ لأن الرأس من الحرة البالغة عورة، ولهذا قال عليه السلام: «لا يجوز صلاة حائض بغير خمار»[1]، والصلاة متى جازت من وجه، وفسدت من وجه يحكم بالفساد احتياطًا، فإذا جازت من وجه وفسدت من وجه أولى.

قلت: فتقوم فى صف الرجال أم فى صف النساء؟ قال: تقوم قدام النساء وخلف الرجال؛ لأنه يجوز أن يكون الخنثى أنثى، فمتى قامت فى صف الرجال، فإنها تفسد صلاة الرجال، ويجوز أن يكون ذكرًا، فمتى قام فى صف النساء، فإنه يضره؛ لأنه نفسه صلاته، فقلنا: بأنه يقوم قدام النساء وخلف الرجال، حتى إن كانت امرأة، لا تفسد صلاة الرجال والنساء، وإن كان رجلا لا تفسد صلاته متى قام فى صف النساء.

٢١٢٩٥- قال: فإن قام فى صف النساء، فصلى، قال: أحب إلى أن يعيده؛ لأنه

---

(١) أخرجه ابن خزيمة فى "صحيحه" بمعناه ١/ ٣٨٠ تعليقًا وأبو داود فى "سننه" ١/ ١٧٣ تعليقًا، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" ٢/ ٤٠ تعليقًا، وعبد الرزاق أيضًا فى "مصنفه" ٣/ ١٣١ (٥٠٤٠) وذكره فى "العون" ٢/ ٢٤٣.

صبى أو صبية ، فإن كانت صبية يجزئها صلاتها ، ويجوز أن يكون صبيّا ، فتفسد صلاته ، فيؤمر بالإعادة استحباباً تخلقًا واعتبارًا ، وإن لم يعد ، فلا شيء عليه إن كان مراهقًا ، وإن كان بالغًا ، وإن كان مشكلا حاله ، يلزم الإعادة حتمًا وإيجابًا ، لأنه ذكرًا أو أنثى ، فإن كان أنثى ، لايلزمها الإعادة ، وإن كان ذكرًا ، فكان عليه الإعادة ، فيجب الإعادة احتياطًا .

قلت : فإن قام فى صف الرجال ، قال : صلاته تامة ، ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره الذى خلفه بحذاءه ، أما صلاته تامة ؛ لأنا تيقنا بجواز صلاته ؛ لأنه لا يخلو : إما أن يكون ذكرًا أو أنثى ، وأى ذلك ما كان ، فقيامه فى صف الرجال لا يوجب فساد صلاته ويعيد من كان عن يمينه وعن يساره ، ومن خلفه بحذاءه ؛ لأنه يجوز أن يكون أنثى ، فيفسد صلاة من كان عن يمينها وعن يسارها ، ومن كان خلفها بحذاءها ، وعليهم الإعادة ، بالغًا كان الخنثى أم مراهقًا استحبابًا ، وإن كان ذكرًا ، لا يفسد صلاته ، ولا يلزمهم الاعادة إلا أن الصلاة متى وجبت إعادتها من وجه ، لم يجب من وجه وجب الإعادة احتياطًا ، فإذا وجب من وجه ، لم يجب من وجه أولى أن تجب الإعادة .

٢١٢٩٦- قال : ويجلس فى صلاته كجلوس المرأة معناه أن يخرج رجليه من جانب ، ويجلس بالثنية على الأرض ؛ لأن ذلك أقرب إلى الستر ، ولأن الرجل يجوز له أن يقعد كذلك حالة العذر ، واشتباه الحال أبين الأعذار ، ولو أحرم بهذا الخنثى ، وقد راهق ولم يبلغ ، ولم يتبين أمره قال أبو يوسف رحمه الله : لا علم لى بلباسه ؛ لأن الرجل فى إحرامه يحرم عليه لبس المخيط ، والمرأة فى إحرامها يلزمها لبس المخيط ، ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرداء ، فإذا استوى الجانبان لا يمكن الترجيح لأحد الجانبين ، بل يتوقف ، فلذا قال : لا علم لى بلباسه ، وقال محمد رحمه الله : إن لبس المخيط ، كان أحب إلى لجواز أنها أنثى ، فلا يحل لها كشف العورة ، ولأن لبس المخيط للرجال جائز عند العذر ، واشتباه أمره من أبلغ الأعذار ، ولا شيء عليه فى ذلك ؛ لأنه لم يبلغ ، وكفارة الإحرام بارتكاب المحظور لا يجب على غير البالغ عند الأعذار ، ولا يحضر هذا الخنثى على رجل ، ولا على مرأة ، إذا كان مراهقًا لتوهم نظر الجنس إلى خلاف الجنس -والله أعلم- .

نوع آخر

في بيان ما يكره وما لا يكره:

٢١٢٩٧- قال: ويكره له أن يلبس الحلي، وأراد به بعد البلوغ بالسن إذا لم يظهر به علامة يستدل بها على كونها رجلا وامرأة؛ لأن قبل البلوغ لا يوصف فعله بالكراهة، وبعد البلوغ قد لا يظهر به علامة يستدل بها على كونه رجلا امرأة إلا بعد زمان إلى أن يظهر العلامة، فإنما يكره لبس الحلي، قال: ويكره له لبس الحرير أيضًا، والكلام فيه نظير الكلام في لبس الحلي، ثم الأصل في ذلك ما روى عن رسول الله ﷺ: "أنه خرج يومًا أخذ الذهب بيمنه والحرير بشماله، وقال: هذان محرمان على ذكور أمتي حل لإناثها"[1]، فإنما أباح اللبس بشرط أنوثة اللبس، وهذا الشرط غير معلوم في حق الخنثى، توضيحه: أن ما ورد به بين الحظر والإباحة يترجح معنى الحظر فيه، قال عليه السلام: «الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات»[2] «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[3]، ولبس الحرير والحلي يريبه، وترك لبسهما لا يريبه تحقيقه؛ لأن الاجتناب عن الحرام فرض، والإقدام على المباح ليس بفرض، فكان الاحتياط في ترك لبس الحرير حتى لا يقع في الحرام إن كان رجلا.

٢١٢٩٨- قال: وأكره له أن ينكشف قدام الرجال وقدام النساء، ومعناه أن يجرد

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي في "مسنده" ١/ ٢٩٨ (٢٢٥٣) والإمام محمد في "كتاب الآثار" ١/ ٢٣٠ (١٠٢٠).

(٢) أخرجه البخاري في "صحيحه" ١/ ٢٨ (٥٢) و٢/ ٧٢٣ (١٩٤٦) ومسلم أيضًا في "صحيحه" ٣/ ١٢٢١ (٧١٤) وابن الجارود في "المنتقى" ١/ ١٤٤ (٥٥٥) وابن حبان أيضًا في "صحيحه" ٢/ ٤٩٧ (٧٢١) والترمذي في "سننه" ٣/ ٥١١ (١٢٠٥) وأبو داود في "سننه" ٣/ ٢٤٣ (٣٣٢٩) والنسائي في "الكبرى" ٣/ ٢٣٩، ٤٦٨ (٥٢١٩، ٥٩٤٥) وفي "المجتبى" ٧/ ٢٤٢ (٤٤٥٣) وابن ماجه في "سننه" ٢/ ١٣١٨ (٣٩٨٤).

(٣) أخرجه البخاري تعليقًا ٢/ ٧٢٤، وابن خزيمة في "صحيحه" ٤/ ٥٩ (٢٣٤٨) وابن حبان أيضًا في "صحيحه" ٢/ ٤٩٨ (٧٢٢) والحاكم في "المستدرك" ١/ ١١٦ (١٦٦) والترمذي في "سننه" ٤/ ٦٦٨ (٢٥١٨) والدارمي في "سننه" ٢/ ٣١٩ (٢٥٣٢) والنسائي في "سننه" ٨/ ٣٢٧ (٥٧١١) وفي "الكبرى" ٣/ ٢٣٩ (٥٢٣٢) والطيالسي في "مسنده" ١/ ١٦٣ (١١٧٨) وأبو يعلى في "مسنده" ١٢/ ١٣٢ (٦٧٦٢).

نفسه إذا كان قد راهق، أما قدام الرجال : فلأنه قبل البلوغ صبي أو صبية، فإن كانت صبية لا يحل للرجل أن ينظر إليها ما سوى وجهها وكفها؛ لأن المراهقة من حيث إنها تشتهى كالبالغة فيما لا يحل النظر إليه من البالغة، فيكون لا يحل من المراهقة، ولا يحل للرجال الأجانب النظر إلى البالغة ما سوى وجهها وكفيها، فكذا من المراهقة، وإن كان صبيًا لا يحل لهم النظر إلى ما تحت سرتها إلى ركبتها، فكيف ما كان قد تيقنا أنه لا ينبغي أن ينكشف قدام الرجال، وأما لاينكشف قدام النساء؛ لأنه إن كان صبيًا لا يحل للنساء أن ينظر إلى ما بين سرته إلى ركبته، فإن كان صبية، فكذلك لا يحل لها النظر إلى ما بين سرته إلى ركبته، ولهذا قال : لا ينكشف قدام النساء.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي في شرحه : هذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل، لجاز للخنثى التكشف بين يدي النساء؛ لأنه ليس المراد من التكشف المذكور إبداء موضع العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضًا، لكن المراد أن يكون في إزار واحد، قال رحمه الله : وفي هذا الفصل روايتان، بيانهما في كتاب الاستحسان.

٢١٢٩٩- قال : قلت : وهل يكره أن يخلو به رجل أجنبي ليس بمحرم منه، أو يخلو هو بامرأة أجنبية ليست بمحرمة منه، قال : نعم؛ لأن الخنثى إن كان صبيًا كان خلوته بامرأة غير محرم منه خلوة الأجنبي بالأجنبية، وإن كان صبية كان خلوة الرجل الأجنبي به خلوة الأجنبي بالأجنبية، والمنع عن خلوة الأجنبي بالغة لخوف الفتنة، والمراهق والمراهقة في حق هذا الخوف على السواء، فحالة التيقن بالذكورة أو الأنوثة إذا كان المنع ثابتًا بيقين أثبتنا الكراهة حال الإشكال لانحطاط رتبة حال الإشكال عن حالة التيقن، ولا بأس أن يخلو بالخنثى رجل هو محرم من الخنثى أو يخلو الخنثى بامرأة هي محرمة منه، أما إذا خلا بالخنثى رجل محرم منه فلابأس به؛ لأن الخنثى ذكر أو أنثى، فإن كان ذكرًا، فهذا خلوة رجل محرم برجل محرم، وإنه لابأس به، وإن كان الخنثى امرأة كانت خلوة رجل محرم بامرأة محرمة، فكيف ما كان إذا خلى بالخنثى محرم لا يكون به بأس، وكذلك الخنثى خلا بامرأة وهي محرمة منها؛ لأن الخنثى رجل وامرأة، فإن كان رجلا، فهذا محرم خلى بامرأة محرمة، وإن كانت أنثى، فهذا خلوة امرأة بامرأة محرمة.

٢١٣٠٠- قلت : أرأيت هذا الخنثى ، هل يكره له أن يسافر مع امرأة هى محرمة؟ يجوز أن يكون الخنثى امرأة ، ومتى كانت امرأة فهما امرأتان محرمتان سافرتا ، وإنه لا يحل إذا كانتا امرأتين بيقين ، فإذا كانتا مشكل الحال كره ، ولا تسافر الخنثى بامرأة هى غير محرمة منه ؛ لأنه يجوز أن يكون الخنثى رجلا ، فيكون فى هذا مسافرة أجنبية ، وإنه لا يحل إذا كانتا مقرر الحال ، فإذا كانا مشكل الحال كره ، ولا بأس بأن يسافر الخنثى مع محرم من الرجال ثلاثة أيام ولياليها ، وهذا ظاهر .

٢١٣٠١- قلت : أرأيت هذا الخنثى ، هل يختنه رجلا وامرأة ، فهذا على وجهين : إما أن يكون مراهقًا أو غير مراهق ، فإن كان غير مراهق ، فإنه لا بأس بأن يختنه رجل أو امرأة ؛ لأن الخنثى صبى أو صبية ، فإن كان صبيّا ، فلا بأس للرجل أن يختنه ، وإن كان مراهقًا يشتهى ، فإذا كان غير مراهق ، ولا يشتهى أولى ، وإن كانت صبية ، فلا بأس للرجل أن يختنه ، وإذا كانت غير مراهقة ؛ لأنها لا تشتهى ، وسبب الشهوة يحرم النظر إلى الفرج ، ولا بأس للمرأة أن تختنها ؛ لأنه صبى وصبية ، فإن كانت صبية ، فلا بأس للمرأة أن تختنها إذا كانت مراهقة تشتهى ، فإذا كانت غير مراهقة وهى لا تشتهى أولى ، وإن كان صبيّا فكذلك ؛ لأنه لا يشتهى ، وسبب الشهوة يحرم للمرأة النظر إلى الفرج الأجنبى .

وإن كان مراهقًا ، فإنه لا يختنه رجل ولا امرأة ، أما لا يختنه رجل لجواز أن يكون صبية ، فلا يباح للرجل أن يختنها ، وينظر إلى فرجها ؛ لأنها مراهقة ، والمراهقة ممن تشتهى ، فكانت كالبالغة فلا يختنها ، فكذلك هذا ، ولا تختنه امرأة لجواز أن يكون صبيّا مراهقًا ، فلا يحل للمرأة الأجنبية أن تختنه ، وينظر إلى فرجه كالبالغة ، ولكن الحيلة فى ذلك ما ذكره محمد رحمه الله : أن الخنثى إذا كان موسرًا ، فإن الولى يشترى له جارية عالمة بأمر الختان حتى تختنه ، فإن اختتنته ، باعها الولى بعد ذلك ، وإن كان معسرًا اشترى الأب جارية من ماله حتى تختنه ؛ لأنه متى اشترى الولى جارية للخنثى ، فإنه يملكها الخنثى ، وإذا ملكها نقول : إن كان الخنثى ذكرًا ، فهذا نظر المملوكة إلى مالكها ، وإن كان أنثى ، فهذا نظر الجنس إلى الجنس ، وإنه مباح حالة العذر ، وإن كان أبوه معسرًا أيضًا ، فإن الإمام يشترى له جارية من بيت المال ؛ لأن هذه نائبة وفقت للمسلمين ، وبيت مال المسلمين لنوائب المسلمين ، فإذا اختتنت الجارية باعها الإمام ، وردّ ثمنها إلى مال بيت

المال .

فرق بين هذا وبينما إذا مات هذا الخنثى المشكل ذكر أنه يتيمم بالصعيد، ولا يغسله رجل ولا امرأة، ولم يقل: إنه يشترى له جارية من ماله إن كان له مال حتى يغسله، فإن لم يكن له مال يشترى الإمام جارية حتى يغسله، ثم يبيعها إذا غسله، وإذا كان الخنثى حيا احتيج إلى الختان، قال: يشترى للخنثى جارية من ماله أو من بيت المال حتى يختنه، ووجه الفرق بينهما وهو أن يشترى الجارية بعد الموت ليغسله لا يفيد إباحة الغسل؛ لأنه لا يملكها الخنثى؛ لأنه لو كان للخنثى جارية مملوكة، فمات الخنثى كان يزول عن ملكه ولا يبقى على ملكه لحاجة الغسل، وإذا لم يجز القول ببقاء الملك لحاجة الغسل؛ لأن لا يملك ابتداء بعد الموت لحاجة الغسل أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإذا لم يجز القول لصيرورة الجارية المشتراة ملكًا له بعد الموت لم يعد شراء الجارية إباحة الغسل، فلم يجز الانتقال به؛ لأنه اشتغال بما لا يفيد، فأما مادام حيّا: فهو من أهل أن يملك به؛ لأنه رجل أو امرأة، فيملك الجارية التى اشترت له، وإذا ملك الجارة التى اشتريت كان شراء الجاربة مفيدًا إباحة الختان، فجاز الاشتغال به؛ لأنه اشتغال بما يفيد .

فإن قيل: هذا، قيل: بأنه يزوجه المولى امرأة بمهر يسير حتى لا يحتاج إلى شرى الجارية بمال .

قلنا: تزويج المرأة للخنثى لا يفيد إباحة الختان؛ لأن النكاح موقوف قبل أن يستبين أمره، يجوز أن يكون ذكرًا، فيجوز النكاح، ويجوز أن يكون أنثى، فلا يجوز، وإذا كان مشكل الحال كان النكاح موقوفًا، والنكاح الموقوف لا يفيد إباحة النظر إلى الفرج، فلهذا قال: يشترى له جارية للختان، ولم يقل: تزوج له امرأة بماله حتى تختنه، هكذا ذكر شيخ الإسلام .

وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانى أن محمدًا إنما لم يقل: تزوج له امرأة بماله؛ لأنا لا نتيقن بصحة نكاحه ما لم يتبين أمره، ولكن لو فعل هذا كان مستقيمًا؛ لأن الخنثى إن كان امرأة، فهذا نظر الجنس إلى الجنس، والنكاح لغو، وإن كان ذكرًا، فهذا نظير النكاح إلى زوجها، وبعض مشايخنا قالوا: إنما لم يقل محمد: ذلك؛ لأن ملك المرأة تبقى معلقة إذا لم يصل إليها، فإنه لا يمكن التفريق بينهما؛ لأنه صبى، ولا يصل

إلى حقها فى الجماع، بل يؤجل، فلهذا لم يقل: ذلك -والله أعلم-.

نوع آخر
فى مسائل النكاح:

٢١٣٠٢- لو زوج الأب هذا الخنثى امرأة قبل بلوغه أو زوجه من رجل قبل بلوغه، فالنكاح موقوف لا ينفذه، ولا يبطله، ولا يتوارثان حتى يتبين أمر الخنثى، أما إذا زوج الخنثى امرأة: فلأنه إن كان يصح النكاح، فإن كانت صبية فلا يصح؛ لأنها صبية، فإذا زوجه من رجل، فلأنه الخنثى إن كانت صبية يصح النكاح، وإن كان ذكرًا لا يصح؛ لأنه ذكر زوج من ذكر، فإذا كان مشكل الحال لم يحكم بنفاذه، ولا ببطلانه، بل قلنا: بالتوقف، ولا يتوارثان؛ لأن التوارث حكم النكاح النافذ لا حكم النكاح الموقوف.

فإن زوجه الأب امرأة وبلغ وظهر علامات الرجال، وحكم بجواز النكاح إلا أنه لم يصل إليها، فإنه يؤجل سنة كما يؤجل غيره ممن لا يصل إلى امرأته، قلت: أرأيت هذا الخنثى المشكل المراهق وخنثى مثله مشكل زوج أحدهما صاحبه على أن أحدهما رجل، والآخر امرأة، قال: إذا علم أن كل واحد منهما مشكل، فإن النكاح يكون موقوفًا إلى أن يستبين حالهما لجواز أنهما ذكران، فيكون هذا ذكر تزوج بذكر، فيكون النكاح باطلا، وكذلك يجوز أن يكون أنثيين، فيكون النكاح باطلا، ويجو ز أن يكون أحدهما ذكرًا، والآخر أنثى، فيكون النكاح جائزًا، فإذا كان مشكلا لا يدرى حالهما يكون النكاح موقوفًا إلى أن يستبين حالهما، فإن تبين أنهما ذكران أو أنثيان كان النكاح باطلا، وإن تبين أحدهما ذكر، والآخر أنثى، كان النكاح جائزًا؛ لأنه ذكر تزوج أنثى، فإن مات أحدهما، أو مات قبل أن يزول الإشكال لم يتوارثا؛ لأنه قبل التبين النكاح موقوف، وبالنكاح الموقوف لا يستفاد الإرث.

قلت: أرأيت إن مات بعد الأبوين، وأقام كل واحد من ورثتهما البينة أنه هو الزوج، وأن الآخر هو الزوجة، قال: لا أقضى بشىء من ذلك؛ لأن العمل بهما أو بأحدهما متعذر؛ لأنه لا رجحان لأحدهما عن الآخر فى الإثبات، فيبطلان جميعًا كما فى مسألة مكة وكوفة، فإن جاءت إحدى البنتين قبل الأخرى، وقضيت بهما، ثم جاءت

البينة الأخرى قال : أبطلت البينة الأخرى ، والقضاء الأول ماضٍ على حاله ، كما فى مسألة مكة وكوفة ، ولو أن رجلا قبل هذا الخنثى من شهوة ليس لهذا الرجل أن يتزوج أمها حتى يتبين أمره ؛ لأن الخنثى إن كان أنثى لا يحل له أن يتزوج أمها ، وإن كان ذكرًا ، حل له أن يتزوج أمها ، فإذا كان مشكلا ، قلنا : لا يتزوج أمها حتى يزول الإشكال -والله أعلم- .

نوع آخر
فى الحدود والقصاص:

٢١٣٠٣- ولو أن رجلا قذف هذا الخنثى المشكل قبل البلوغ ، أو قذف الخنثى رجلا ، فلا حد على القاذف ، أما إذا كان القاذف هو الخنثى فلأنه مرفوع العلم ؛ لأنه صبى أو صبية ، وأما إذا كان القاذف رجلا آخر : فلأنه قذف غير المحصن ؛ لأن البلوغ من إحدى شرائط إحصان القذف كالإسلام ، وقذف غير المحصن لا يوجب الحد على القاذف ، فإن كان القذف بعد بلوغ الخنثى بالسن ، ولكن قبل أن يظهر علامة يستدل به على كونه ذكرًا أو أنثى ، فقذف الخنثى رجلا ، أو قذفه رجل .

قال فى الكتاب : هذا والأول سواء ، قال مشايخنا : أراد بهذه التسوية فى حق القاذف للخنثى ، فإنه لاحد على قاذف الخنثى ، لا قبل البلوغ ولا بعد البلوغ ، إذا كان حاله بعد البلوغ مشكلا ، وهذا لأن الخنثى وإن صار محصنًا بالبلوغ إلا أنه لم يظهر عليه علامة الأنوثة أو الذكورة ، يجوز أن يكون رجلا ، وأن يكون امرأة ، وإن كان رجلا ، فهو بمنزلة المجبوب ، وإن كان امرأة ، فهو بمنزلة المرأة الرتقاء ؛ لأنها لا تجامع كالرتقاء ، ومن قذف رجلا مجبوبًا أو امرأة رتقاء ، لا حد عليه عرف ذلك فى موضعه ، أما لم يرد بهذه التسوية فيما إذا كان الخنثى هو القاذف ، وقذف رجلا قبل البلوغ لاحد عليه ؛ لأنه مجبوب بالغ أو رتقاء بالغة ، والمجبوب البالغ والرتقاء البالغة إذا قذف إنسانًا لا يجب عليه الحد .

٢١٣٠٤- قلت : أرأيت إن سرق بعد ما يدركه ، قال : عليه الحد ؛ لأنه رجل مكلف أو امرأة مكلفة ، والرجل والمرأة المكلفة إذا سرق ما يساوى عشرة من حرز ، فقطع

يد السارق ؛ لأنه رجل أم مرأة، وأى ذلك ما كان، فإن على السارق منع القطع .

٢١٣٠٥- قلت : أرأيت هذا الخنثى إن قطع رجل وامرأة يده قبل أن يبلغ، أو تستبين أمره إن كان رجلا، فلا قصاص عليه ؛ لأنه يجوز أن يكون المقطوعة يده وهو الخنثى امرأة، ويد الرجل لاتقطع بيد المرأة، ويجوز أن يكون رجلا، فتقطع يده، فلا تقطع بالشك، وإن كانت القاطعة ليد الخنثى امرأة، فلا يجوز أن يكون الخنثى رجلا، فهذه امرأة قطعت يد الرجل، ويد المرأة لاتقطع بيد الرجل، فيبقى الشك فى وجوب القصاص على قاطعه، فلا قصاص عليه، وهذا بخلاف ما لو قتل هذا الخنثى رجلا أو امرأة عمدًا، كان عليه القصاص ؛ لأنا تيقنا بوجوب القصاص على قاتله ؛ لأن الخنثى ذكر أو أنثى، وأى ذلك ما كان، فإنه يقتضى قاتله، فقد تيقنا بوجوب القصاص على قاتله فى البعض فأوجبناه، فأما فيما دون النفس يقع الشك فى وجوبه، فلا نوجبه بالشك .

٢١٣٠٦- قلت : أرأيت إن قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة قال : على عاقلته أرش ذلك، ولا قصاص عليه صغيرًا كان أو بالغًا بلغ بالسن، ولن يتبين أمره بعد، إن كان صغيرًا، فلوجهين : أحدهما : أنه صغير، والصغير لا يجرى عليه العلم، فلا يجب عليه القصاص، والثانى : أنه وقع الشك فى وجوب القصاص عليه، أما إذا كان المقطوع يده رجلا ؛ لأنه يجوز أن يكون الخنثى رجلا، فقطع يده، ويجوز أن يكون امرأة، فلا يقطع، فلا يقع الشك فى القصاص، وأما إذا كانت المقطوعة يده امرأة، فكذلك أيضًا يقع الشك فى وجوب القصاص على الخنثى ؛ لأنه يجوز أن يكون هو امرأة فتقطع، وأن يكون رجلا، فلا تقطع، فيقع الشك فى وجوبه، فلا يقطع يده بالشك، فمتى كان الخنثى صغيرًا لا قصاص عليه لعلتين، وإذا كان بالغًا، فلعلة واحدة، وهو الشك فى وجوب القصاص، ويجب الدية على عاقلته، إذا كان الخنثى لم يدركه بعد ؛ لأنه صبى أو صبية، والصبى والصبية إذا قطع واحد منهما يد إنسان وجب على عاقلته أرش ذلك ؛ لأن عمده وخطأه سواء، فقد تيقنا بوجوب الأرش على عاقلته صبيًا كان أو صبية، وبعد البلوغ إذا قطع يد إنسان قبل أن يستبين أمره عمدًا، فإنه يجب الأرض فى ماله ؛ لأنا تيقنا بوجوب الأرش فى ماله رجلا كان أو امرأة إذا كانت الجناية عمدًا، والأصل فى ذلك ما

روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحًا [ولا اعترافًا][1] ولا ما دون أرش الموضحة»[2].

٢١٣٠٧- قلت: هذا الخنثى إن فرض في المقاتلة، قال: لا يجوز حتى يدرك، ويستبين أمره؛ لأنه إنما يفرض للمقاتلة البالغين من الرجال، وهذا ليس ببالغ ولا رجل؛ لأنه لا يدرى أنه رجل أم امرأة، فلا يفرض له؛ لأنه إنما يفرض لمن عليه القتال، ولا قتال على الصبي والصبية، وإن شهد معنا، فإنه يوضح له، ولا يسهم له؛ لأنه إنما يسهم للمغنم للبالغ، وهذا ليس ببالغ، فلا يفرض له.

٢١٣٠٨- قلت: فإن أخذ أسيرًا في أرض العدو، قال: لا تقتل قبل البلوغ وبعد البلوغ حتى يستبين أمره؛ لأنه قبل البلوغ صبي أو صبية، والصبي والصبية متى أخذا أسيرًا، فإنه لا يقتل وبعد البلوغ رجلا وامرأة، فإن كان رجلا حل قتله، وإن كان امرأة لا يحل.

٢١٣٠٩- قلت: فإن ارتد عن الإسلام قبل أن يدرك أو بعده لا يقتل عندهم جميعًا، أما قبل البلوغ: فلأنه صبي أو صبية، وردة الصبي والصبية لا يصح عند أبي يوسف رحمه الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله: إن كان يصح ردة الصبي العاقل والصبية العاقلة إلا أنه لا يقتل على الردة عندهما، وبعد البلوغ وإن صحت ردته بالإجماع إلا أنه رجل وامرأة إن كان رجلا إن حل قتله لا يحل إن كان امرأة، فلا يحل بالشك.

قلت: فإن كان من أهل الذمة قال: لا يوضع عليه الجزية حتى يدرك، ويستبين أمره؛ لأنه قبل البلوغ صبي أو صبية، والصبي والصبية من أهل الذمة لا يؤخذ منه الجزية، وبعد البلوغ قبل أن يستبين أمره، فكذلك أيضًا لا يوضع عليه الجزية؛ لأنه لا يدرى أنه رجل وامرأة، قلت: وهل يدخل في القسامة؟ قيل: لا يدخل فيها قبل البلوغ وبعده، قبل البلوغ صبي أو صبية والصبي والصبية لا يدخل فيها، وبعده رجل وامرأة، فإن الرجل إن كان يدخل فيها، فالمرأة لا تدخل، فلا يدخل بالشك.

---

(١) هكذا في "ف".

(٢) أخرجه البيهقي في "الكبرى" ٨/ ١٠٤ (١٦١٣٨) والدارقطني في "سننه" ٣/ ١٧٨ (٢٧٧)، وذكره الزرقاني في "شرحه" ٤/ ٢٣٧، والحافظ ابن حجر في "الدراية" ٢/ ٢٨٠ وفي "التلخيص الحبير" ٤/ ٣١.

نوع آخر
فى الطلاق:

٢١٣١٠- أرأيت: رجل حلف بطلاق امرأة، فقال لامرأته: إن كان أول ولد تلدينه غلامًا، فأنت طالق، أو قال لأمة: إن كان الولد تلدينه غلامًا، فأنت حرة، فولدت هذا الخنثى المشكل، قال: لا تطلق امرأته، ولا تعتق أمته فى قول أبى حنيفة رحمه الله حتى يتبين أمره؛ لأنه وقع الشك فى وقوع الطلاق والعتاق؛ لأن الخنثى يجوز أن يكون غلامًا، ويجوز أن يكون جارية، فيقع الشك فى وقوع الطلاق والعتاق، فلا يقع واحد منهما بالشك؛ فإن ظهر بعد ذلك أنه غلام طلقت المرأة وعتق العبد؛ لأنا تيقنا بشرط وقوع الطلاق والعتاق، فإن ظهر أنها جارية لا تعتق ولا تطلق؛ لأنا تيقنا أن شرط الطلاق والعتاق لم يوجد.

٢١٣١١- قلت: أرأيت: رجل قال: كل عبد لى حر، وله خنثى مشكل أمره، فكذا لا يعتق مع العبد؛ لأنه لا يدرى أنه عبد أو أمة، فلا يعتق بالشك، وكذلك إن قال: كل أمة لى حرة، فإنه لا يعتق هذا الخنثى لجواز أن يكون عبدًا لا أمة، وإن قال قولين جميعًا: تعتق؛ لأنا تيقنا، فيكون داخلا تحت اليمين لا محالة، فيعتق، قلت: أرأيت رجلا قال: إن ملكت عبدًا، فامرأتى طالق، فاشترى هذا الخنثى لا تطلق امرأته لجواز أن يكون أمة، فلا يتيقن بشرط وقوع الطلاق، وإن قال: كلا القولين، ثم اشترى مثل هذا الخنثى تطلق امرأته؛ لأنا تيقنا بشرط وقوع الطلاق لا محالة فإنه عبد أو أمة.

نوع آخر
فى إقرار الخنثى أنه ذكر أو أنثى وفى إقرار أبيه ووصيه بذلك:

٢١٣١٢- قال: أرأيت إن قال هذا الخنثى المشكل: أنا ذكر، أو قال: أنا أنثى، قال: لا تقبل قوله، وقيل: يقبل قوله، وقيل: إن يعلم أنه مشكل إذا قال: إنه ذكر أو أنثى، فالقول قوله، وهذا لأن الإنسان أمين فى حق نفسه، والقول قول الأمين ما لم

يعرف خلاف ما قال، ألا ترى أن المعتدة إذا قالت: انقضت عدتى، وأنكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها: بأن قالت: ذلك فى مدة لا ينقضى فى مثلها العدة، ومتى لم يعرف كونه مشكلا لا يعرف خلاف ما قال، فصدق فيما قال، ومتى عرف كونه مشكلا، فقد عرف خلاف ما قال، وعرف أنه مجاز فى مقالته، فإنه لم يعرف من نفسه إذا كان مشكلا إلا ما نعرفه نحن.

٢١٣١٣- قال: أرأيت هذا الخنثى إن كان أبوه حى، فقال: هو غلام ولا يعرف ذلك إلا بقوله، فالقول قوله، وكذلك لو قال: هو جارية، فالقول قوله ما لم يعرف أنه مشكل الحال؛ لأن الأب أمين فى حق ولده كالخنثى فى حق نفسه، والخنثى إذا قال: أنا ذكر كان القول قوله ما لم يعرف خلاف ذلك بأن لم يعرف كونه مشكلا، فكذا الأب، وكان بمنزلة المعتدة إذا قالت: انقضت عدتى كان القول قولها ما لم يعرف خلاف ذلك، فكذا هذا، فأما إذا عرف كونه مشكلا الحال، فإنه لا يصدق الأب فيما يقول: إنه ذكر أو أنثى؛ لأنه عرف خلاف ما قالوا، وكان بمنزلة المعتدة إذا قالت: انقضت عدتى فى مدة لا تنقضى فى مثلها العدة.

٢١٣١٤- قال: قلت: أرأيت إن كان هذا الخنثى قد راهق، وليس له أب وله وصى، فأقر وصيه أنه جارية أو غلام، قال: القول قوله إذا لم يكن الخنثى مشكلا، فأما إذا كان مشكل الحال، وقد عرف ذلك، فإنه لا يصدق الوصى فى ذلك؛ لأن الوصى قائم مقام الأب، والأب لو أقر أن الخنثى جارية أو غلام صدق فى ذلك، إذا لم يكن مشكل الحال، وإذا كان مشكل الحال لم يصدق لما بينا، فكذا الوصى الذى هو قائم مقامه.

نوع آخر
فى الاختلاف الواقع فى حال الخنثى والدعاوى فى ذلك وإقامة البينة عليها:

٢١٣١٥- قال قلت: أرأيت إن قتل الخنثى خطأ، قبل أن يستبين أمره، قال: القول فى ذلك قول القائل: إنه ذكر أو أنثى، إنه كانت الدية تجب على القاتل بأن لم يكن له عاقلة، وإن كانت له عاقلة، فالقول قول العاقلة، فإن قالوا: إنه ذكر فالقول قولهم،

ووجبت عليهم دية الذكر، وإن قالوا: إنه أنثى، وورثته الخنثى إن ادعوا أنه كان ذكرًا، فالقول قول القاتل والعاقلة، وعليهم دية المرأة، وعلى ورثة الخنثى البينة أنه كان ذكرًا؛ لأنهم يدعون على القاتل والعاقلة زيادة خمسة آلاف درهم، والقاتل والعاقلة ينكرون ذلك، فيقضى عليهم بدية الأنثى، ويتوقف الفصل إلى أن يستبين أمره أنه ذكر أم أنثى، وهذا لأنا تيقنا بوجوب دية الجارية، وشككنا في الزيادة على دية الجارية إلى تمام دية الذكر، فلا نوجبها بالشك ما لم يعلم أنه كان ذكرًا.

٢١٣١٦- قال: رجل مات، وترك ابنًا وامرأة، وترك ولدًا من هذه المرأة خنثى مشكل، ثم مات الخنثى بعد موت أبيه، فلو ادعت أم الخنثى أنه كان غلامًا، وإنه كان ورث من أبيه نصف المال بعد الثمن؛ لأنه مات، فترك ابنين وامرأة، ثم مات الخنثى، فورثت أنا ثلث ذلك النصف؛ لأن الخنثى مات، وترك أمّا وأخًا، وقال ابن الميت وهو أخ الخنثى: لا، بل كانت الخنثى الجارية، وورثت الثلث من الميت بعد الثمن، ثم مات، فورثت أنت ثلث ذلك الثلث، قال: فالقول قول أخي الخنثى، وذلك لأن سبب استحقاق الزيادة للخنثى الذي يدعيها الأم، وهي الذكورة غير ظاهر، وسبب استحقاق الأخ لما يدعى من الزيادة ظاهر، وأبدأ، يجعل القول قول من يشهد له الظاهر، وعلى الذي يدعى خلاف الظاهر البينة، وسببه من هذا الوجه، الخارج وذوى اليد إذا تنازعا في ملك مطلق، ولا بينة لهما، فالقول قول ذي اليد، وعلى الخارج البينة؛ لأن ما يدعيه ذو اليد ثابت له من حيث الظاهر، فإن ظاهر اليد يدل على الملك، وما يدعيه الخارج من الملك غير ظاهر له، فجعلنا القول قول ذي اليد مع اليمين، وجعلنا على الخارج البينة، فكذلك ههنا إلا أن الأخ يستحلف على العلم بالله ما يعلم أنه كان ذكرًا؛ لأنه يستحلف على فعل غيره.

وإن أقامت الأم البينة أنه كان يبول من مبال الرجال، ولا يبول من مبال النساء، فإنه يورث من أبيه ميراث الغلام النصف بعد الثمن، ثم ترث الأم ثلث ذلك النصف من الخنثى؛ لأنها ادعت ذكورة الخنثى، وزيادة الميراث التقى[1] بسبب ذكورة الخنثى، وأثبت بالبينة، والثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة، ولو عاينا أن الميت كان غلامًا له نصف

---

(١) هكذا في الأصل، واللفظ غير واضح في جميع النسخ.

ميراث الأب بعد الثمن ، وللأم ثلث ذلك النصف إذا مات بعد ذلك ، فكذلك هذا ، وكان كالخارج إذا انفرد بإقامة البينة ، فإنه يقضى له ؛ لأنه أثبت ما ادعى بالبينة .

فإن أقام الابن وهو أخو الخنثى بينة أن الخنثى كان يبول من مبال النساء ، ولا يبول من مبال الرجال ، وإنها ورثت الثلث من الأب بعد الثمن ، ولأم الخنثى ثلث ذلك الثلث لما مات الخنثى ذكر أن بينة الأم أولى ، وذلك لأن العمل بالبينتين متعذر ؛ لما فيه من التنافى ، فإن الشخص الواحد لا يكون ذكرًا وأنثى ، ومتى تعذر العمل بالبينتين ، يجب العمل بأكثرهما إثباتًا كما فى الخارج وذى اليد متى أقام البينة على ملك مطلق ، قلنا : بينة الخارج ؛ لأنه أكثر إثباتًا ، فكانت أولى بالقبول .

قلت : أرأيت إن أقام رجل البينة أن أب الخنثى كان زوجها منه على ألف درهم ، فطلب ميراثها ، وصدقه الابن ، وكذبه الأم ولم تقم الأم بينة على ما ادعت ، فإنه تقبل بينة الزوج ، ويجعل عليه المهر ، ويورث من الخنثى ميراث الزوج ، ويورث أم الخنثى وأخى الخنثى من الصداق الذى قضينا على الزوج ، ومما ترك الخنثى ، وذلك لأن الزوج ادعى أمرا محتملا ، وأثبت ما ادعى بالبينة ، ولم تعارض بينته بينة أخرى ، فوجب القضاء ببينته ، فإن أقام الأم بينة على ما ادعى أنه كان يبول من مبال الرجال ، ويبول من مبال النساء ، وأقام الزوج أنها كانت أنثى ، وتبول من مبال النساء لا من مبال الرجال ذكر أن البينة بينة الزوج ، وذلك لأن العمل بالبينتين متعذر ، فلا بد من العمل بأحدهما ورد الآخر ، فكان بينة الأم أولى بالرد ؛ لأنها أكثر نفيًا ، فإن بينة الأم تنفى ميراث الزوج أصلا ، وبينة الزوج لا تنفى ميراث الأم أصلا ، بل يثبت أن الخنثى ورث الثلث من أبيه بعد الثمن ، ثم مات ، فورثت الأم من الخنثى ثلث ذلك الثلث ، قلنا : إن الخنثى كان ذكرًا ، أو إن النكاح لم يصح ، فبينة الأم تنفى النكاح وميراث الزوج أصلا ، وبينة الزوج لا تنفى ميراث الأم أصلا ، وكانت بينة الأم أكثر نفيًا ، وكان أولى بالرد ، وكذلك لو أقام أخ الخنثى البينة أنه كان يبول من مبال الرجال ، ولم يكن يبول من مبال النساء ، وأقام الزوج البينة أنه كان يبول من مبال النساء لا من مبال الرجال كان بينة الأخ أولى بالرد ؛ لأن بينة الأخ أكثر نفيًا من بينة الزوج ، فكان بينة الأخ أولى بالرد .

قلت : أ رأيت هذا الخنثى المشكل الذى مات وهو صغير إن أقامت امرأة البينة أن

أباها زوجها فى حياته وأمهرها ألف درهم، وإنه كان غلامًا يبول من حيث يبول الغلام، ولم يكن يبول من حيث يبول النساء، وصدقها الأم، وكذبها الأخ ابن الميت، قال: خذ بينة المرأة، واجعله غلامًا، واجعل صداقها فى ميراثه، وأورثها منه الربع، وأورث أمه منه الثلث، واجعل ميراثه من ابنه ميراث غلام، وذلك لأنها ادعت نكاحًا وميراثًا وصداقًا فى تركة زوجها، وأثبتها بالبينة، ولم يعارضها بينة أخرى، فوجب القضاء ببينتها.

قلت: فإن أقام الأخ ابن الميت البينة أنه كان جارية تبول من حيث تبول الجارية، قال: لاأقبل بينته على ذلك، وأقضى ببينة المرأة، وذلك لأن بينة المرأة أكثر إثباتًا، فإنها تثبت ذكورة الخنثى، وميراث المرأة من الخنثى والنكاح والصداق، ويدفعه بينة الأخ، فكان بينة المرأة أكثر إثباتًا، وبينة الأخ أكثر نفيًا، فكان أولى بالرد.

قلت: أرأيت إن أقام الزوج الذى ذكرنا فى المسألة التى قبلها البينة على ما ذكرنا أن أباه زوجها إياه، وكان يبول من مبال النساء، وأقامت المرأة البينة على ما ذكرنا، ، قال: أخذ بينة المرأة؛ لأن العمل بالبينتين متعذر؛ لما فيه من التنافى، فإن الشخص الواحد لا يكون ذكرًا وأونثى، فيجب العمل بأكثرهما إثباتًا؛ لأنها تثبت ذكورة الخنثى والنكاح والصداق فى ماله والميراث، وبينة الزوج تثبت أنوثة الخنثى والنكاح والميراث، فأما الصداق للخنثى ثابت بإقراره لا بالبينة، فكان بينة المرأة أكثر إثباتًا، فكان أولى بالقبول.

٢١٣١٧-وهذا إذا جاءا معًا، فأما إذا أقام الزوج البينة أولا، وقضى القاضى بذلك، ثم أقامت المرأة البينة، فإنه لا تقبل بينتها، ويترجح الأولى بالقضاء كما فى مسألة كوفة ومكة إذا جاءا معًا لا تقبل؛ لأن أحدهماكاذبة لا محالة، والأخرى صادقة، ولا يدرى الكاذبة من الصادقة، واستويا فى الإثبات، فتهاترا جميعًا، ولو كان قضى القاضى بأحدهما، لا تقبل بينة الأخرى بعد ذلك، ويترجح الأولى بالقضاء؛ لأن قضاء القاضى بالأولى نفذ من حيث الظاهر وقع الشك فى نقضه إن كانت الثانية صادقة، يجب نقض القضاء، وإن كانت كاذبة، لا يجب النقض، فلا ينقض بالشك، وفى الابتداء متى جاءا معًا يقع الشك فى وجوب القضاء بكل واحد منهما لجواز أنها صادقة أو كاذبة، فلا يجب القضاء بالشك، فكذلك ههنا.

وإن وقتت إحدى البينتين وقتًا قبل الأخرى، فإنه يقضى بأسبقهما تاريخًا، فبينة المرأة، فلا إشكال أنها أولى؛ لأنهما لم يورخا وجاءا معًا وجب القضاء ببينة المرأة؛ لأنها أكثر إثباتًا، فلأن يجب القضاء ببينتها، وهى أكثر إثباتًا، وأسبق وقتًا أولى وأحرى، وإن كانت بينة الزوج أسبق كانت أولى أيضًا؛ لأنها إذا كانت أسبق وجب القضاء بكون الخنثى جارية من الوقت الذى أرخ، وإذا وجب القضاء من ذلك الوقت بكونها جارية لا تقبل بينة المرأة بعد ذلك فى إثبات الذكورة كما لو قضى القاضى أولا ببينة الزوج، ثم أقامت المرأة البينة بعد ذلك على ما ادعت لا تقبل بينة المرأة، فكذا هذا، وإن لم يوقتا ذكر أنه يبطلان، وهذا إذا كانت المرأة لاتدعى الصداق ومتى لم تدع الصداق، فإنه يتهاتر البينتان؛ لأنهما استوتا فى الإثبات، ألا ترى أنه ذكر قبل هذا أن بينة المرأة أولى لما كانت تدعيه للصداق؛ لأنه أكثر إثباتًا.

قلت: فإن كان هذا الصبى حيّا لم يمت والمسألة بحالها، قال: أبطل[1] ذلك كله، ولاأقضى بشىء منه، بل أقف فى ذلك حتى يستبين حاله متى أدرك، وليس حالة الحياة عندى بمنزلة ما بعد الموت، والفرق بينهما وهو أن استبانة ما وقع التنازع فيه من حيث إن الخنثى ذكر أو أنثى حالة الحياة مرجو بالمشاهدة، بأن يبلغ، فيظهر فيه علامة الظهورة أو علامة الأنوثة، ولما كان استبانة ما وقع التنازع فيه مرجوا فى الثانى من حيث العيان والمشاهدة، والعيان والمشاهدة فوق الخبر لم يقبل البينة منهما حال حياة الخنثى فى إثبات ذكورته وأنوثته، فأما بعد موت الخنثى، فاستبانة ما وقع التنازع فيه أنه ذكر وأنثى غير مرجو من حيث العيان والمشاهدة، فاحتجنا إلى إثبات ما ذكرنا.

ثم استشهد محمد رحمه الله فى الكتاب، فقال: ألا ترى أن أختين لو ادعتا ميراث رجل كل واحدة منهما تقيم البينة أنها امرأته ورثتهما ميراث امرأة واحدة؛ لأن المقصود من إقامة البينة بعد موت الزوج القضاء بالميراث، والقضاء بمال واحد بين اثنين على سبيل الشركة ممكن، وحال الحياة لا تقبل بينتهما، إن كان الزوج منكرًا للنكاح؛ لأن المقصود من إقامة البينة حال الحياة القضاء بالنكاح، والقضاء بالنكاح متعذر؛ لأنه إما أن يقضى بنكاحهما جميعًا، أو بنكاح أحدهما بعينها، أو بغير عينها، والقضاء بنكاحهما متعذر؛

(١) وفى "ف": فإذا بطل ذلك كله.

لأنه يصير جامعًا بين الأختين نكاحًا، والجمع بينهما نكاحًا متعذر، ولا وجه إلى أن يقضى بنكاح أحدهما لا بعينه؛ لأن المنكوحة تكون مجهولة، ولا بنكاح واحدة بعينها؛ لأن إحداهما بعينها ليست بأولى من الأخرى، ولما تعذر القضاء بهما، وبأحدهما جميعًا، فكذا فى مسألتنا القضاء بالبينتين، وبأحدهما متعذر حال حياة الخنثى؛ لأن استبانة ما وقع التنازع فيه بالمشاهدة مرجو حال الحياة وبعد الوفاة زال هذا الرجاء، فأمكن العمل بأسبقهما وقتًا، فكذلك هذا، فهذا وجه الاستشهاد.

لأنها قلت: أرأيت خنثى مات بعد ابنه وهو مراهق أقام رجل البينة أن أباه زوجه إياه على هذا الوصيف، وأمره بدفعه إليه، وأنه كان يبول من حيث يبول النساء، ولا يبول من حيث يبول الرجال، وإنه طلقها فى حياته قبل أن يدخل بها، فوجب لها نصف هذا العبد، وأقامت امرأة بينة أن أباه زوجها إياه فى حياته على ألف درهم، وإنه كان يبول من حيث يبول الغلام، ولم يكن يبول من حيث يبول النساء، فهذا على وجهين: إما أن جاءت البينتان معًا أو متعاقبًا، فإن جاءتا معًا، فلا يخلو: إما أن لم يوقتا، أو وقتا، ووقتهما على السواء، تهاترت البينتان جميعًا؛ لأنه تعذر القضاء بهما جميعًا؛ لما فيه من التنافى، فإن الشخص الواحد لايكون رجلا وامرأة، وتعذر القضاء بإحداهما؛ لأنهما استوتا فى الإثبات لا رجحان لإحداهما على الآخرى فى الإثبات، فإن بينة الرجل أثبت كون الخنثى جارية والنكاح ونصف الصداق، وبينة المرأة أثبت مثل ذلك، فإنهما أثبت كون الخنثى رجلا والنكاح والصداق، ولما استوتا فى الإثبات، لم يكن إحداهما بالعمل أولى من الأخرى، وتعذر العمل بهما جميعًا، وكان بمنزلة مسألة مكة وكوفة إذا جاءا معًا تهاترًا، فكذلك هذا، وهذا بخلاف ما لو لم يدع الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول، وإنما ادعى النكاح على الخنثى لا غير، وباقى المسألة بحالها، ذكر أن بينة المرأة أولى، وإن جاءتا معًا؛ لأنه أمكن القضاء ببينة المرأة هناك؛ لأنها أكثر إثباتًا من بينة الرجل، فإنها أثبتت النكاح والميراث، وكون الخنثى امرأة لا غير، فكان فى بينة المرأة زيادة وإثبات، وأمكن العمل بها لما تعذر العمل بهما جميعًا، فأما فى مسألتنا هذه تعذر العمل بهما، وبإحداهما[1] بعينه؛ لأن كل واحد منهما فى الإثبات مثل صاحبتها.

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل وف وم "بأخذهما".

وإن وقتًا وقتين أحدهما أسبق من وقت الأخرى، فالسابق أولى لوجهين: أحدهما: أنها أكثر إثباتًا، فإنها تثبت زيادة وقت تنفية الأخرى، ولأنه يجب القضاء بكونه جارية وامرأة فى أول وقتين، فيتعذر القضاء بضده بعد ذلك، وكان بمنزلة ما لو قضى القاضى بإحداهما، ثم جاءت بالأخرى، فإن الأخرى لا تقبل؛ لأنه قضى القاضى بالبينة الأولى بكونها جارية، فيتعذر القضاء بعده بضده.

وإن جاءت إحداهما قبل الأخرى إن جاءت بالأخرى قبل القضاء بالأولى، فالجواب فيه كالجواب فيما لو جاءتا معًا؛ لأنهما اجتمعا حالة القضاء، فيكون الجواب فيه كالجواب فيما لو جاءتا معًا، فكل جواب عرفته ثمة، فهو كالجواب ههنا، فأما إذا قضى القاضى بالأولى، ثم جاءت الأخرى، فإنه لا يقبل الأخرى؛ لأنه قضاء القاضى بالأولى نفذ من حيث الظاهر، وقع الشك فى نقض القضاء إن كانت الثابتة صادقة، وجب نقض قضاء القاضى، وإن كانت كاذبة لا يجب نقض القضاء، والقضاء متى نفذ من حيث الظاهر لا ينقض بالشك والاحتمال، بخلاف ما لو جاءتا معًا، ولم يؤرخا، أو أرخا تأريخهما على السواء، فإنه يقضى لواحد منهما؛ لأنه وقع الشك فى وجوب القضاء؛ لأن كل واحد منهما احتمل أن تكون صادقة، وأن تكون كادبة، فلا يجب القضاء بالشك، والجواب فيه كالجواب فى مسألة مكة وكوفة.

قلت: أرأيت هذا الخنثى المشكل إن بلغ، ثم مات قبل أن يظهر أمره، فأقام رجل البينة أن أباها زوجها إياه بالألف درهم برضاها، وأنها ولدت منه هذا الولد، قال: أجيز بينته، وأجعلها امرأته، وأجعل الولد ابنها؛ لأنه ادعى كون الخنثى جارية والنكاح عليها وولادة الولد منها، وأثبت جميع ما ادعى بالبينة، ولم يعارض بينة أخرى وجب القضاء بها.

قلت: فإن لم يقم هذا الرجل البينة على ما ذكرت لك، ولكن امرأة أقامت البينة أن أباها زوجها إياه برضا منه، وإنه دخل بها، وأنها ولدت منه هذا الولد، قال: تقبل بينتها، ويقضى بكون الخنثى رجلا وألزمته الولد؛ لأن المرأة ادعت كون الخنثى رجلا، وولادة هذا الولد منه، وأثبت جميع ما ادعى بالبينة، وتفردت بإقامة البينة، فإنه لم يعارض الدعوتان جميعًا، فإن جاءت البينتان جميعًا ولم يوقتا أو وقتا، ووقتهما على

السواء، فإنه يتهاتر البينتان جميعًا؛ لأنه تعذر القضاء بهما، وبإحداهما بعينه كأن كل واحدة منهما فى الإثبات مثل الأخرى؛ لما تعذر القضاء بهما وبإحداهما بعينه تهاترتا كما فى مسألة مكة وكوفة.

فإن قيل: كان ينبغى أن تكون بينة المرأة أولى؛ لأنها تثبت الصدق كما ذكر فيما تقدم، وهو ما إذا لم يكن مع الدعوتين من الرجل والمرأة دعوى الولادة، جعل بينة المرأة أولى، قال: تثبت الميراث والصداق جميعًا، وبينة الرجل تثبت الميراث، فكأن بينة المرأة أولى.

والجواب عنه: أن فى مسألة المتقدمة إنما ترجح بينة المرأة بسبب الصداق؛ لأنها ادعت الصداق، وأقامت البينة على ذلك، فصار بينتها بسبب الصداق أكثر إثباتًا من بينة الرجل، فصارت أولى بالقبول، فأما فى مسألة الولادة فلم يذكر دعوى الصداق من جهة المرأة كأنها استوفت، وأبرأت زوجها، إنما ادعت النكاح والولادة والرجل أثبت مثل ذلك، فكانت بينتها فى الإثبات مثل بينة الزوج، وإذا استوتا فى الإثبات يتعذر القضاء بهما وبإحداهما بعينه، فتهاترت البينتان جميعًا، فإن أقامت إحدى هاتين البينتين، وقضى القاضى بشهادتهما، ثم جاءت البينة الأخرى بعد ذلك قال: لا أقبل البينة الثانية؛ لأن قضاء القاضى بالأولى نفذ من حيث الظاهر، فلا تقبل البينة على ما ينقضه بعد ذلك، كما فى مسألة مكة وكوفة.

قلت: أرأيت لو جاء هاتان البينتان على ما وصفت لك، وليس فى ذلك ولد وجاءت البيتان إحداهما قبل الأخرى إن قضى القاضى بالأولى لا تقبل الثانية كما بينا فى مسألة مكة وكوفة، وإن لم يقض بالأولى حتى جاءت الثانية، فإن وقتا أو وقت أحدهما أسبق، فإنه يقضى بالسابق، وإن كان وقتهما واحدًا، أبطلت ذلك كله، وكان يجب أن تكون بينة المرأة أولى بسبب الصداق، كما فى المسألة المتقدمة هذه، وتلك سواء إذا لم يكن منهما دعوى الولادة إلا أن الجواب بأن فى المسألة المتقدمة وضع المسألة أن المرأة ادعت الصداق، وههنا لم يذكر دعوى الصداق، ومتى لم يوجد منهما دعوى الصداق لا يمكن ترجيح بينتهما بزيادة الإثبات على بينة الرجل؛ لأنهما استوتا فى الإثبات، فتعذر العمل بهما وبإحداهما، فيبطلان جميعًا كما فى مسألة مكة وكوفة، ولا فرق بين

المسألتين في المعنى وإنما افترقا(١) لاختلاف الموضوع ذكر فيما تقدم دعوى الصداق، ولم يذكر في هذه المسألة.

٢١٣١٨- قلت: أرأيت هذا الخنثى المشكل إن كان من أهل الكتاب، فادعى رجل مسلم أن أباه زوجه إياه على مهر مسمّى برضاها، فأقام بينة من أهل الكتاب على ذلك، وادعت المرأة من أهل الكتاب أنه زوجها، وأقامت على ذلك بينة من أهل الكتاب أقضى بينته المسلم، وأجعلها امرأه، وأبطل بينة المرأة، وذلك لأن شهادة المسلم حجة على المرأة، وشهادة المرأة ليست بحجة على المسلم، فإذا لم تكن شهادة المرأة حجة على المسلم، صار كأن المرأة لم تقم البينة على ما ادعته، وتفرد المسلم بإقامة البينة، ولو تفرد المسلم بإقامة البينة دون المرأة، وجب القضاء للمسلم، فكذا هذا.

قلت: وكذلك لو كان الرجل من أهل الكتاب، قال: نعم، ويقضي للرجل دون المرأة، وإن أقام كل واحد منهما ما يجوز أن يكون حجة لصاحبه، فإن بينة الرجل حجة على المرأة، وبينتها حجة على الرجل؛ لأن كل واحد منهما من أهل الكتاب إلا أنه يقضى ببينة المسلم؛ لأن القضاء بالبينتين جميعًا متعذر للتضاد والتنافي، ووجب العمل بإحداهما، وكان القضاء بشهادة المسلمين، وإنها حجة على الفريقين على المسلم والكتابي أولى من القضاء بشهادة أهل الكتاب، وإنها حجة على أحد الفريقين، وهو أهل الكتاب دون الفريق الآخر وهو المسلمون، ونظيرها ما قال محمد رحمه الله في كتاب الاستحسان: إذا أخبر عبدان عدلان بطهارة الماء، وأخبر عدلان حران بنجاسة بالماء، فإنه يؤخذ بقول الحرين، فإن كان قول العبد العدل حجة في أمور الدين كقول الحر؛ لأن قول الحرين حجة في الأحكام، وقول العبدين ليس بحجة في الأحكام، فيرجح قول الحرين على قول العبدين، فكذلك هذا، وهذا بخلاف ما لو وقع الدعوى في المال ادعى مسلم مالا في يدى ذمي، وأقام على ذلك شاهدين كتابيين، فإنه يقضى بالمال بينهما، ولا تترجح إحدى الشهادتين بالإسلام، وههنا ترجح؛ لأنه إنما يصار إلى الترجيح حال التعذر العمل بالشهادتين والعمل بالشهادتين هناك بأن تقضي بالمال بينهما ممكن، وما أقام كل واحد منهما حجة على صاحبه، فعملنا بالشهادتين، ولم نشتغل

---

(١) وفي ظ "أقرتا".

بالترجيح ، فأما ههنا العمل بالبينتين متعذر للتضاد والتنافى كما فى مسألة الاستحسان ، ووجب العمل بأحدهما ، فكان شهادة المسلمين ، وإنه حجة على الفريقين أولى من العمل بشهادة أهل الكتاب ، وإنه حجة على أحد الفريقين دون الآخر .

٢١٣١٩- قلت : أرأيت إن مات هذا الخنثى ، فادعى أمه ميراث غلام ، وأقر الوصى بذلك ، وجحد بقية الورثة ، وقالوا : هى جارية ، قال : إذا جاءت الأموال والدعوى لم يصدق الوصى ، ولا الأم على ما ادعى ، أما الأم : فلا تصدق ؛ لأنها تدعى زيادة الميراث للغلام بسبب غير ظاهر وهو ذكورة الخنثى حتى يزداد ميراثها من جهة الخنثى ، وينكر بقية الورثة بذلك ، فلا تصدق الأم فيما ادعت من زيادة الميراث لنفسه إلا ببينة تثبت ما ادعت ، ولا يصدق الوصى وإن لم يكن الوصى مدعيًا بذلك لنفسه شيئًا ؛ لأنه إذا لم يكن مدعيًا لنفسه شيئًا ، يكون الوصى شاهدًا إلا أنه شاهد فرد والحكم لا يقطع بشهادة الفرد .

قلت : فإن كان هذا الخنثى حيًا لم يمت ، فقال : أنا غلام ، وطلب ميراث غلام من أبيه ، وصدقه الوصى فى ذلك ، وأنكر بقية الورثة ذلك ، وقالوا : هى جارية ، قال : لا أعطيه ميراث غلام ، ولا أصدقه على ذلك إلا ببينته ، وذلك لأن الخنثى بما يدعى أنه غلام يدعى زيادة ميراث لنفسه بسبب غير ظاهر ينكره بقية الورثة ، فلا يثبت ما ادعاه إلا ببينة إذا جحد بقية الورثة كما لو لم يصدق الأم إذا ادعت أنه غلام إذا جحد بقية الورثة ذلك ، ولا يثبت ما ادعاه الخنثى بقول الوصى ، وإن لم يكن مدعيًا ، فيكون شاهدًا ؛ لأنه شاهد فرد ، والحكم لا يقطع بشهادة الفرد .

قلت : أرأيت إن كان وصيه أخوه ، فزوجه امرأة ، ثم مات الخنثى ، طلبت المرأة ميراثها ، وقال الوصى : هو غلام ، وقد جاز النكاح ، وورثت المرأة منه ، وقال بقية الورثة : هى جارية ، قال : لا يلزم الورثة الذين أنكروا ميراث الغلام فى حقهم ، ويلزم الوصى المقر ميراث غلام فى نصيبه ، وترث المرأة من الخنثى ما أصاب الخنثى من المقر ، ونكل الأخ ؛ لأن الأخ الوصى أقر بزيادة ميراث الغلام فى حقهم ، ويلزم الوصى المقر ميراث غلام فى نصيبه ، وترث المرأة من الخنثى ما أصاب الخنثى من المقر ، وذلك لأن الوصى أقر بزيادة ميراث الخنثى من جميع التركة ، فيكون مقرًا على بقية الورثة ، فيصح

إقراره فى نصيبه، ولا يصح فى نصيب بقية الورثة إذا أنكروا كما لو أقر بابن مجهول للميت، وأنكر بقية الورثة ذلك، صح إقراره فى نصيب المقر، وصار نصيبه بينه وبين المقر به نصفان؛ لأنه زعم أن حقه وحق المقر به على السواء، فكذلك هذا زعم أن حقه وحق الخنثى فيما فى يده على السواء، فيقسم ما أصاب الخنثى من أبيه، وما أصاب الأخ الوصى، فيكون بينهما نصفان، ثم تدخل المرأة فى نصيب المقر دون نصيب سائر ورثة الخنثى؛ لأن أخا الوصى من أحد ورثة الخنثى، وقد أقر له بامرأة مجهولة، وكذبه بقية الورثة، فتدل المرأة فى نصيبه، ولا تدخل فى نصيب بقية الورثة.

قلت: فإن كان له أخ لأبيه وأمه، فأقر أنه جارية، وزوجه رجلا، ثم مات الخنثى، وقد راهق قبل أن يعلم أنها امرأة، وقد زوجه الأخ الأول وهو الوصى امرأة، وزعم الأخ الوصى أنه رجل، والأخ الثانى الذى ليس بوصى زوجها من رجل، وزعم أنها امرأة، ثم مات الخنثى قبل أن يعرف حاله قال: النكاح الأول جائز على الأخ الأول وهو الوصى، ولا يجوز على من أنكر من بقية الورثة؛ لأن الأخ الأول أقر أن الخنثى غلام، وأقر أنه زوجه امرأة، فإن النكاح قد صح، ولامرأته ميراث فى ماله، وجحد بقية الورثة ذلك، فيصح هذا الإقرار فى حق المقر وهو الأخ الأول؛ لأنه لم يسبق حكم بخلاف ما أقر به، ويصح فى حق بقية الورثة الذين جحدوا ذلك لجحودهم، والنكاح الثانى باطل، لا يجوز على الأخ الثانى الذى أقر به، وعلى من أنكر من بقية الورثة، وذلك لأن إقرار الأخ الأول، وهو الوصى صح من حيث الظاهر يكون الخنثى غلامًا، ويجوز نكاح المرأة، وقع الشك فى نقضه لما أقر الأخ الثانى أنها جارية، وإنه زوجها من رجل إن كان الأخ الثانى صادقًا فى إقراره، وجب نقض الإقرار الأول، وإن كان كاذبًا لا يجوز نقض إقرار الأول، فلا ينقض إقرار الأول بالشك والاحتمال، وإن كان إقرار الأول قد نفذ من حيث الظاهر بمنزلة قضاء القاضى إذا نفذ من حيث الظاهر يكون الخنثى غلامًا ببينة قامت على ذلك، ثم جاءت بينة أخرى قامت بخلاف ذلك على أنها جارية، فإن الثانية لا تقبل؛ لأن قضاء القاضى بالبينة الأولى نفذ من حيث الظاهر، وقع الشك فى جواز هذا الإقرار، فإن كان الأخ الأول صادقًا فى إقراره لم يصح الثانى، وإن كان كاذبًا فى إقراره لا يصح الثانى، والصحة لم تكن ثابتة، فلا تثبت بالشك، فلهذا قالوا: بأن إقرار الأخ الثانى لا يصح لا فى حقه، ولا فى حق بقية الورثة، وإقرار الأخ الأول صحيح فى حقه

باطل فى حق بقية الورثة.

قال: فإن لم يعرف أىّ النكاحين أول، قال: أبطل هذا كله، ولا أورث شيئًا منهما؛ لأنه تعذر القضاء بالنكاحين جميعًا للتضاد والتنافى، وتعذر بأحدهما بعينه؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فبطلتا جميعًا، كما قالوا: فى رجل تزوج أختين، ولا يدرى السابقة منهما، يبطل النكاحان جميعًا، ويجعل كأنهما وقعا معًا، فكذلك هذا.

قلت: فإن عرفت الذى أقر أنها امرأة، وزوجها رجلا أنها أول، قال: ألزمه ميراث الزوج فى نصيبه، ولا ألزم غيره، وأبطل النكاح الثانى، أما إقرار الأول بأنها امرأة، وزوجها رجلا إذا عرفت أنه أول، فإنه يصح فى حق المقر حتى يدخل الزوج فى نصيب المقر، ولا يدخل فى نصيب بقية الورثة؛ لأن المقر أحد ورثة الخنثى، وقد أقر بزوج للخنثى، وجحد بقية الورثة ذلك، فيدخل الزوج المقر له فى نصيب المقر، ولا يدخل فى نصيب بقية الورثة، ولايصح إقرار الثانى أنه رجل، وأنه زوج امرأة؛ لأن الإقرار الأول بكونها امرأة، وبأنه زوجها نفذ من حيث الظاهر؛ لأنه لم يسبق حكم بخلاف إقراره وقع الشك فى نقضه بإقرار الثانى من الوجه الذى ذكرنا فيما تقدم، فلا ننقضه بالشك.

٢١٣٢٠- خنثى مشكل مراهق، وخنثى مثله مشكل زوج أحدهما من صاحبه على أن أحدهما رجل، والآخر امرأة، فقد ذكرنا هذه المسألة قبل هذا فى نوع النكاح، وإنما أعدناها فى هذا النوع لفرع يختص بهذا النوع، إنهما إذا ماتا بعد الأبوين، وأقام كل واحد من ورثتهما بينة أنه هو الزوج، وأن الآخر هو الزوجة، قال: لا أقضى بشىء من ذلك؛ لأن العمل بهما، وبإحداهما متعذر؛ لأنه لا رجحان لإحداهما على الآخر فى الإثبات، فيبطلان جميعًا كما فى مسألة كوفة ومكة.

قلت: فإن جاءت إحدى البنتين قبل الأخرى، فقضيت لها، ثم جاءت البينة الأخرى، قال: أبطل البينة الأخرى والقضاء الأول ماضٍ على حاله كما فى مسألة مكة وكوفة، قلت: أرأيت! خنثى شهدت عليه شهود أنه غلام، وشهدت عليها شهود أنه جارية وهو مراهق مشكل، ولم يظهر منه شىء يعرف الحاكم أنه ذكر أو أنثى، قال: ينظر فى ذلك، فإن كان تطلب ميراثها، قضى بشهادة الذين شهدوا أنه غلام، لا بشهادة الذين شهدوا أنها جارية؛ لأن بينته أكثر إثباتًا، فإنه يدعى زيادة ميراث على أنها جارية؛ لأن

بينته أكثر إثباتًا، فإنه يدعي زيادة ميراث ينفيه بينة الأخرى، وإن كان لا يطلب ميراثًا، وكان رجلا يدعي أنه امرأة، فإنه يقضى بكونها جارية، ويقضى بكونها امرأة، وتبطل البينة الأخرى؛ لأن البينة الأولى أثبت كونها جارية والنكاح عليها والبينة الأخرى أثبت كونه غلامًا لا غير فكانت بينة الزوج أكثر إثباتًا، فكانت أولى بالقبول.

قلت: فإن كانت امرأة تدعي أنه زوجي، وإنه غلام قال: أوقف الأمر حتى يستبين؛ لأن البينتين استوتا في الإثبات ومتى استوتا في الإثبات وتعذر القضاء بهما، وتعذر بإحداهما، فيبطلان جميعًا، وهذا إذا لم تدع المرأة الصداق، فأما إذا ادعت الصداق: فبينة المرأة أولى على ما عرف، قلت: فإن كان الخنثى على هذه الحالة لا يطلب شيئًا، ولا يطلب قبله شيء لا أسمع من البينة فيه على شيء؛ لأن البينة على كون الخنثى ذكرًا أو أنثى إنما تقبل إذا كان يبطل بذلك حق من الحقوق، فأما إذا كان لا يبطل به حق من الحقوق، فالدعوى في ذكورته وأنوثته لا يصح، والبينة في حقوق العباد، لا تقبل من غير دعوى صحيحة، أو يتوقف أمره حتى يستبين أنه غلام أو جارية، كما قبل إقامة البينة.

نوع آخر
في المتفرقات:

٢١٣٢١- لا تجوز شهادته حتى يدرك؛ لأنه صبي أو صبية، وبعد ما أردك إذا لم يستبن أمره يوقف أمره في حق الشهادة حتى يتبين أنه ذكر؛ لأن هذا القدر من شهادته متيقن فيه، والزيادة مشكوك فيه، قلت: أرأيت رجلا أوصى لما في بطن امرأة بألف درهم إن كان غلامًا، أو بخمسمائة إن كانت جارية، فولدت هذا الخنثى المشكل، قال: يعطى له خمسمائة، ويوقف الخمسمائة الأخرى إلى أن يتبين حاله، أو يموت قبل التبين؛ لأن خمسمائة متيقن فيها، جارية كان الخنثى أم غلامًا، والزيادة على ذلك مشكوك فيه إن كان غلامًا، فله ذلك، وإن كانت جارية لا يكون لها ذلك، فلا يعطى له الزيادة على الخمسمائة بالشك، بل يوقف إلى أن يتبين حاله، أو يموت قبل التبين، فإن تبين أنه ذكر دفعت الزيادة إليه، وإن تبين أنه جارية دفع إلى ورثة الموصي؛ لأنه يحكم بكونه أنثى متى

ماتت قبل التبيين حتى لا يستحق زيادة المال بالشك ، وهذا قول علماءنا رحمهم الله ؛ لأن الوصية أخت الميراث ، وفى الميراث هكذا يفعل ، فكذلك فى الوصية .

قال الشعبى رحمه الله : بأنه يعطى له نصف وصية الغلام خمسمائة ونصف وصية الجارية مائتان وخمسون ؛ لأنه يجعل الخنثى المشكل كأنه نصف رجل ونصف امرأة ، ألا ترى أنه فى حق الميراث اعتبره نصف رجل ونصف امرأة ، حتى أعطاه نصف ميراث الغلام ونصف ميراث الجارية ، ففى حق الوصية ، هكذا يعتبر على مذهبه ؛ لأن الوصية أخت الميراث ، فيعطى له سبعمائة وخمسون ، ويوقف مائتان وخمسون إلى أن يتبين حاله ، فإن تبين أنه ذكر يعطى له ، وإن تبين أنه أنثى يؤخذ منه مائتان وخمسون -والله أعلم- .

كتاب معرفة المسمى

٢١٣٢٢- إذا قال: أوصيت لفلان بشيء من مالى، أو قال: بقليل من مالى، أو قال: بيسير من مالى، فإنه لا يبلغ به النصف، بل ينقص عن النصف قليلا؛ لأنه وصف الموصى به بالاستقلال نصًّا فى قوله: قليل، ومعنى فى قوله: بشيء يسير؛ لأن الشيء، واليسير فى عرف الاستعمال يستعملان استعمال الاستقلال والكثرة والقلة يعرف بالمقابلة، فلو أعطيناه نصف حاله، لا يكون الموصى به قليلا بمقابلة الباقى؛ لأن الباقى مثله، وليس بأكثر منه، ومتى أعطيناه دون النصف كان الموصى به قليلا بمقابلة الباقى؛ لأن الباقى أكثر منه، وكذلك إذا أقر، فقال: لفلان شيء من مالى قليل من مالى يسير من مالى إلا أن فى الإقرار الخيار للمقر، وفى الوصية لورثة الموصى، وإن لم يكن له وارث، فالخيار إلى السلطان يعطى ما شاء من غير أن يبلغ النصف.

٢١٣٢٣- ولو قال فى الوصية أو فى الإقرار: لفلان جزء من مالى، فإنه لا يزاد على النصف، ويجوز أن يبلغ النصف؛ لأن اسم الجزء فى عرف الاستعمال لا ينطلق على ما زاد على النصف، لا يقال: لثلثى المال جزء من ثلاثة، وإنما يقال: جزءان من ثلاثة، فأقصى ما يقع عليه هذا الاسم النصف، ولا غاية لأقل ما يقع عليه هذا الاسم، فيعطى المقر، وورثة الموصى ما شاؤوا إلى النصف.

٢١٣٢٤- ولو أقر بطائفة من ماله، وأوصى بطائفة من ماله، فاعلم بأن الطائفة اسم للبعض من الجملة، وذلك قد يقل، وقد يكثر، قال الله تعالى: ﴿يَغشِى طَائِفَةً مِنكُم وَطَائِفَةٌ قَد أَهَمَّتهُم أَنفُسُهُم﴾[1]، ومعلوم أن أحد الفريقين كان أكثر من الآخر، وقد سماها الله تعالى جميعًا طائفة، فعلم أن اسم الطائفة قد يقع على القليل، وقد يقع على الكثير، فيرجع فى البيان إلى المقر والموصى، وإن ماتا، فالبيان إلى ورثتهما، وإن لم يكن لهما وارث فالبيان إلى السلطان، ولو أقر ببعض ماله، فالبعض والطائفة سواء؛ لأنهما يستعملان فى عرف الاستعمال استعمالا على السواء.

---

(١) سورة آل عمران: الآية ١٥٤.

٢١٣٢٥- لو أوصى له بثلث ماله من البز، فهذا على ثياب القطن والكتان، قالوا: وهذا على عرف أهل الكوفة، فإن فى عرفهم البز يقع على ثوب القطن والكتان، وبائع ثياب القطن والكتان يسمّى بزاز، ولا يقع هذا الاسم على ثياب الديباج، وبائعها لا يسمى بزازًا، فانصرف مطلق الوصية إلى ثياب القطن والكتان، وفى عرفنا اسم البزاز لا ينطلق ثوب القطن والكتان، وبائعه يسمى كرابيسان ولا يسمى بزازًا، فإنما يقع هذا الاسم على ثياب الديباج، وسائر الثياب التى تتخذ من الإبريسم، وبائع هذا الأشياء يسمى بزازًا، فينصرف مطلق الوصية إلى هذا الثياب.

٢١٣٢٦- ولو أوصى له بثوب، فهو على ما يلبس عادة ثوب الديباج وثوب القطن والكتان فى ذلك على السواء[1]؛ لأن الثوب اسم لما يلبس، وكل ما يلبسه الناس عادة يدخل تحت الوصية، والمسح والبساط والبز لا يدخل؛ لأنها لا تلبس عادةً، فلا يتناوله اسم الثوب، وكذلك العمامة والقلنسوة لا يدخل تحت الوصية؛ لما ذكرنا أن اسم الثوب إنما ينطلق على ما يلبس، والقلنسوة والعمامة مما لا يلبسان، ولهذا يقال فى استعمال الناس: تعمم وتقلنس، ولا يقال: لبس، ولهذا لا تجزئ العمامة والقلنسوة فى كفارة اليمين.

قال بعض مشايخنا قول محمد رحمه الله فى العمامة: إنها لا تجزئ عن كفارة اليمين محمول على عمائم العرب، فإنما عمائمهم مقصار لا يزيد على ثلاثة أذرع بحيث لا يجيء منهم ثوب كامل، فأما عمائمنا طوال يجيء منه ثوب كامل وزيادة، فيجوز عن الكفارة، قال القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى: فعلى قياس هذا القول فى الكفارة: يجب أن تدخل العمامة فى الوصية، هكذا حكى لنا الشيخ الإمام الزاهد أبى بكر حامد.

٢١٣٢٧- ولو أوصى له بمتاعه، فقد ذكر محمد رحمه الله فى باب الاستثناء عن النفل والخاص منه أن الأمير إذا قال: من أصاب متاعًا دون الآنية فهو له، فأصاب رجل ثيابًا أو قميصًا أو يبورا أو بساطًا أو فرشًا أو مرافق جميع مرفقة، فذلك كله له؛ لأن اسم المتاع فى العادة يقع على ما يلبسه الناس ويبسطه، وهذه الأشياء بهذه الصفة، ولو أصاب

---

(١) وفى ف "ثوب الديباج وثوب القطن والكتان والبز والكساء فى ذلك على السواء".

أوانى أو أباريق أو قماقم أو قدوراً من نحاس أو صفر، فليس له ذلك هكذا ذكر، واختلف عبارة المشايخ فى تخريج المسألة قال بعضهم: إنما لم تدخل هذه الأشياء تحت التنفل[1] لمكان الاستثناء، فإنه استثنى الأوانى فى أصل المسألة حيث قال: من أصاب متاعًا دون الآنية إلى هذا أشار الحاكم الشهيد حيث علل، وقال: لأن هذا من الآنية، وقد استثنى الآنية من المتاع، فهذا دليل على أن عند عدم الاستثناء تدخل الأوانى تحت التنفيل، وإلى هذا مال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة السرخسى، وهذا لأن المتاع اسم لما يستمتع به، قال الله تعالى: ﴿مَتَاعًا لِلْمُقْوِينَ﴾[2]، سمى النار متاعًا للمسافر؛ لأن المسافر يستمتع به فى سفره، والإنسان يستمتع بالأوانى كما يستمتع بالفرش والبسط، فهذا القائل يقول: لو لم يذكر الاستثناء فى التنفيل تدخل هذه الأشياء تحت التنفيل؛ لأن اسم المتاع يتناول هذه الأشياء، وقال بعضهم: إنما تدخل هذه الأشياء تحت التنفيل لا لمكان الاستثناء، بل لأن اسم المتاع عادة يقع على الأوانى، فهذا القائل يقول: وإن لم يذكر الاستثناء فى التنفيل لا تدخل الأوانى فى التنفيل، وإلى هذا مال القاضى الإمام ركن الإسلام على السغدى والشيخ الإمام شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده" أشار إلى القولين جميعًا، فإنه ذكر فى المسألة علتين: إحداهما: الاستثناء، والثانية: أن اسم المتاع لا يتناول الأوانى، وقد نص محمد رحمه الله فى أبواب الأيمان: الأوانى تدخل تحت اسم المتاع، فقياس مسألة الوصية من التنفيل أن عند استثناء الأوانى من المتاع لا تدخل الأوانى فى الوصية، وعند عدم الاستثناء يكون فيه اختلاف المشايخ.

٢١٣٢٨- إذا أوصى لرجل بدابته دخل تحت الوصية الخيل والحمار والبغل؛ لأن هذه الأشياء دابة لغةً وعرفًا، ولا يدخل تحت الوصية البقر والجاموس، وهذا استحسان، والقياس أن يدخل؛ لأن الدابة لغةً: اسم مشتق من قولهم: دبّ يدبّ، وكل ما يدب على وجه الأرض ينطلق عليه هذا الاسم، وجه الاستحسان: أن اسم الدابة فى عرف الاستعمال ينطلق على الأنواع الثلاثة، فصار ما عدا الأنواع الثلاثة مخصوصًا عن هذا الاسم بحكم الاستعمال، ألا ترى أن هذا الاسم لا ينطلق على الآدمى مع أنه يدب على وجه الأرض؛ لأنه لا يراد بهذا الاسم فى عرف الاستعمال الآدمى، فصار الآدمى

---

(١) هكذا فى ظ، وكان فى الأصل "التنفيل"، وفى ف "النفل".

(٢) سورة الواقعة: الآية٧٣.

مخصوصًا بحكم عرف الاستعمال، فكذا ما عدا الأنواع الثلاثة، قال: إلا أن يكون القوم فى موضع دوابهم الجواميس والبقر إياها يركبون، وإياها يسمون الدواب، فحينئذٍ يدخل هذه الأشياء فى الوصية؛ لأن المخصص وهو العرف لم يوجد، ولو أوصى له بجزورة، فهذا اسم لما أعد للجزور والذبح لا لأعمال آخر، والذى أعد للجزر والذبح لا لغيره من الأعمال الشاة، فأما البعير والبقر: يصلحان لعمل آخر، واسم الجزور لا يتناول الشاة والبقر، ويتناول البعير يستوى فيه الذى يركب والذى لايركب.

٢١٣٢٩- واسم الجمل والبعير اسم جنس يقع على الذكر والأنثى، والناقة اسم خاص للأنثى، فلا يتناول الذكر، واسم البقرة والبقر يقع على الذكر والأنثى؛ لأنه اسم جنس، والهاء فيه للإفراد دون التأنيث، واسم الثور خاص للذكر لا ينطلق على الأنثى، واسم البقر فى الوصية لا ينطلق على الجاموس، وإن كان الجاموس نوعًا من أنواع البقر حتى يكمل نصاب البقر به فى الزكاة إلا أن فى العرف لا يراد من ذكر البقر الجاموس، ومطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى التعارف، واسم الجمل والبعير يقع على البختى والبختية وهو أن يكون أبوه عربى، وأمه غير عربى؛ لأنه نوع من أنواع الجمل، والجمل اسم جنس، واسم البختى لا يقع على العربى؛ لأنه اسم نوع خاص فلا يدخل تحته نوع آخر، واسم البختى يقع على الذكر والأنثى؛ لأنه وإن كان اسمًا لنوع خاص، فهو عام فى ذلك النوع، فيتناول الذكر والأنثى.

٢١٣٣٠- واسم البغل والبغلة يقع على الذكر والأنثى، فالهاء فيها للإفراد دون التأنيث، ويقال: بغل وبغلة كما يقال: جوز وجوزة وبيض وبيضة، والهاء للجوزة والبيضة للإفراد لا للتأنيث، وكذا فى البغلة، واسم الشاة يقع على الذكر والأنثى؛ لأنه اسم جنس، واسم الكبش يقع على الذكر دون الأنثى وكذا اسم التيس، واسم الدجاج يقع على الدجاجة والديك؛ لأنه اسم جنس، واسم الدجاجة اسم خاص للأنثى، فلا يدخل تحته الذكر، واسم الديك خاص للذكر فلا يدخل تحته الأنثى.

٢١٣٣١- واسم الحمار يقع على الذكر والأنثى؛ لأنه اسم جنس، واسم الحمارة والأتان خاص للأنثى، واسم الخيل جنس[1] يتناول العربى وغير العربى والذكر والأنثى،

(١) هكذا فى ظ وف وم، وكان فى الأصل "اسم جنس".

واسم البرذون لايتناول العربى ، واسم الفرس إن ذكر مطلقًا لا يتناول العربى قياسًا واستحسانًا نحو ما إذا حلف أن لا يركب فرسًا ، فركب برذونًا ، ونحو ما إذا قال الأمير فى التنفيل : من قتل قتيلا له فرس من الغنيمة ، فقتل رجلا قتيلا يستحق فرسًا من الغنيمة ، ولا يستحق برذونًا ، وأما إذا ذكر اسم الفرس مضافًا إلى شخص ، فإنه يقع على العربى والبرذون جميعًا حتى إن فى باب التنفيل ، إذا قال الأمير : من قتل قتيلا فله فرسه ، فقتل رجلا على برذون أو برذونة ، فذلك له استحسانًا .

واستشهد لوجه الاستحسان ، فقال : ألا ترى أن الأمير إذا عين فارسًا من المشركين ، وقال : من قتل هذا الفارس ، فله فرسه ، وهذا المشرك على برذون ، فقتله رجل من المسلمين كان البرذون له ، والمعنى فى ذلك أن الإضافة بمنزلة الإشارة من حيث إن الإضافة لتعريف المضاف ، والإشارة لتعريف المشار إليه ، والصفة فى المشار إليه لغو ضائع على ما عرف ، فكذا يكون فى المضاف لغواً ضائعًا . قلنا : والفرس صفة للخيل والبرذون كذلك ؛ لأن الفرس هو الخيل العربى والبرذون هو الخيل العجمى ، فإن قول الأمير : من قتل قتيلا ، فله فرسه ، واسم الخيل يقع على العربى ، والبرذون جميعًا ، فيدخل تحت التنفيل العربى والبرذون اسم الخيل .

عبارة أخرى لوجه الاستحسان : اختاره بعض المشايخ أن البرذون يقع عليه اسم الفرس ، ألا ترى أن صاحب البرذون يستحق اسم الفارس ، فيسمى فارسًا ، وإنما يستحق هذا الاسم بالبرذون الذى ركبه ، وألا ترى أنه يقال : كذا كذا من الفرسان وإن كان لبعضهم العراب ولبعضهم البراذين ، فعلم أن اسم الفرس يقع على البرذون فيدخل تحت التنفيل ، ولكن العبارة الأولى أصح .

ولو قتل قتيلا على حمار أو بغل ، فإنه لا يستحق شيئًا من ذلك ؛ لأن تقدير كلامه على جواب الاستحسان من قتل قتيلا له خيله العربى ، ولو صرح بذلك لا يدخل تحت التنفيل البغل والحمار ، كذا ههنا ، واستشهد محمد رحمه الله لإيضاح الفصل الأول ، فقال : ألا ترى أن الأمير إذا قال : من دخل باب المدينة على فرسه أو قاتل على فرسه ، فله كذا ، فهذا على البراذين والعراب ؛ لأنه ذكر الفرس مضافًا إلى الداخل والقاتل ، وبمثله لو قال : من دخل باب المدينة على فرس ، فله كذا ، فهذا على العراب خاصة ؛ لأنه

ذكر الفرس مطلقًا، فيجب اعتبار الصفة فيه، ألا ترى كيف وقع الفرق فى الاستشهاد بين بالإضافة والإطلاق.

٢١٣٣٢- ولو قال الأمير: من نزل عن فرسه وقاتل، فله مائة درهم، فنزلوا كلهم أصحاب العراب وأصحاب البراذين، فلهم نفلهم؛ لأن الفرس ذكر مضافًا إلى النازل، فيقع على العراب والبراذين جميعًا، ولو قال: من نزل عن فرس وقاتل، فله كذا، فالنازلون عن العراب، والنازلون عن البراذين يستحقون النفل استحسانًا، والقياس أن يكون النفل للنازلين عن البراذين؛ لأن الفرس ذكر مطلقًا.

وجه الاستحسان: أن الفرس ذكر مضافًا معنى؛ لأن الإنسان إنما ينزل عن فرس هو راكبه، فصار الفرس مضافًا إلى راكبه من هذا الوجه، فيقع على العراب وعلى البراذين جميعًا، بخلاف ما إذا قال الأمير: من دخل باب المدينة على فرس، فله كذا، من قاتل على فرسه، فله كذا، فإن ذلك على العراب خاصة؛ لأن هناك لم يوجد الإضافة لا نصّا، وإنه ظاهر ولا معنى؛ لأن الدخول فى باب المدينة، والقتال مع الكافر مقصود بدون الفرس، فيبقى الفرس مطلقًا، وإنه يقع على العراب دون البراذين، ولأن مقصود الأمير فى فصل[1] النزول ليس عين النزول، وإنما المقصود التحريض على القتال راجلا، ألا ترى من نزل عن فرس عربى، ولم يقاتل لا يستحق النفل، والذين نزلوا عن البراذين، والذين نزلوا من العراب فى حق هذا المقصود على السواء، وصار تقدير هذه المسألة كأن الإمام قال: من قاتل راجلا، فله كذا، بخلاف ما لو قال: من قاتل على فرس، من دخل باب المدينة على فرس، فله كذا، فإن ذلك يقع على العراب خاصة؛ لأن المقصود هناك متعارف؛ لأن الفرس أسرع فى المشى، وأقدر على الاتّباع، وأمكن من الأخذ، فلهذ اختص النفل بالعراب.

٢١٣٣٣- ولو قال: من قتل قتيلا، فله برذونه، فقتل رجلا على عربى لم يكن له ذلك؛ لأن اسم البرذون لا ينطلق على العربى بحال، فالعربى لم يدخل تحت التنفيل، ولو قتل قتيلا على فرس شهرى هى له، فهذا يعد من البراذين دون العراب، قوله: شهرى يروى -بفتح الشين وبضمه- قيل: إنه فارسى معرب، وهو المولود من العراب

(١) وفى ظ وف وم "فضل".

في الأمصار.

ولو قال الأمير : من قتل فارسًا ، فله كذا ، فقتل رجل كافرًا على بعير أو بغل أو حمار ، فلا شيء له من البغل ؛ لأن الأمير علق الاستحقاق بقتل الفارس ، وراكب هذه الأشياء لايسمى فارسًا ، ولو قتل رجلا على برذون أو فرس ذكر أو أنثى ، فله ذلك ؛ لأن راكب البرذون يسمى فارسًا كما أن الراكب العربى يسمى فارسًا .

كتاب
فيه بيان ما يسرى من الحق الثابت فى الأصل إلى الولد وما لا يسرى، وما يسرى إلى أحدهما دون الآخر:

٢١٣٣٤- قال محمد رحمه الله: ولو أن جارية لمسلم أحرزها العدو بدارهم، ورجل مسلم فى دارهم، فاستوهبها، فوهبوها منه وأخرجها إلى دار الإسلام، فالمالك القديم يأخذها بقيمتها إن شاء، ويعتبر قيمتها يوم قبضها الموهوب له بحكم الهبة، ولا شىء من قيمتها بحكم قطع اليد، ولا سبيل للمالك القديم على الأرش، ويكون الأرش سالمًا للموهوب له، ولو كانت ولدت فى يد الموهوب له ولدًا، فالمالك القديم يأخذها بقيمتها، ويأخذ معها ولدها أيضًا، فقد حكم بسراية هذا الحق إلى الأرش، وفى الهبة لم يحكم بسراية ما للواهب من حق الرجوع فى الجارية، لا إلى الولد، ولا إلى الأرش، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت ولدًا فى يد الموهوب له، أو قطع يدها، وأخذ الموهوب له الأرش، ثم رجع الواهب فى الهبة، فإنه لا سبيل له على الولد، ولا على الأرش، وفى البيع الفاسد حكم بسراية ما للبائع من حق الاسترداد فى الجارية إلى الولد، وإلى الأرش جميعًا، والوجه فى ذلك كله أن يقول: بأن حق الواهب فى الرجوع، وإن كان ثابتًا فى عين الموهوب إلا أنه حق لإقرار له، فإنه يبطل بزوال الموهوب عن ملك الموهوب له سواء حصل الزوال بصنعه بأن باع الموهوب، أو وهب، أو تصدق، أو بغير صنعه بأن هلك الموهوب فى يده، فإن بعد ما باع الموهوب له الهبة من غيره، أو وهبها من غيره، وهلك الموهوب له فى يده لا يبقى للواهب حق الرجوع أصلا.

قلنا: والحق فى العين إذا لم يكن مستقرًا لا يسرى إلى الولد، ولا إلى الأرش؛ لأن ما لا قرار له وجوده والعدم بمنزلة فى حق الأحكام، ألا ترى أن الوكيل بالشراء إذا اشترى قريب نفسه لا يعتق، وإذا اشترى زوجة لا يفسد النكاح، وإن كان الملك يثبت للمشترى أولا، ثم ينتقل إلى الموكل، ولكن قيل: بأن ملك الوكيل ملك لا قرار له، فلم يعتبر فى حق شىء من الأحكام، كذا ههنا، وكذلك حق الفقير فى قدر الزكاة فى الماشية بعد حولان الحول لما كان حقًا لا قرار له، فإن صاحب الماشية بسبيل من نقله إلى غيره إذا

لم يسر إلى الولد، فكذا حق الواهب فى الرجوع فى الهبة لما كان حقًا لا قرار له لم يعتبر فى حق سرايته إلى الأرش والولد.

وأما حق البائع فى استرداد المبيع بحكم فساد البيع، فحق ثابت فى العين، وإنه مستقر لو أراد المشترى أن ينقل حقه إلى عين آخر حال قيام العين لا يقدر عليه، ولو أزاله المشترى عن ملكه، أو هلك فى يده لا يبطل حقه فى الاسترداد أصلا، فإن المشترى يغرم قيمته فى الأحوال كلها، واسترداد القيمة كاسترداد العين، ولهذا سميت فيه لقيامها مقام العين.

وإذا كان حقه فى العين حقًا مستقرًا كان حق البائع أقوى من حق الواهب، فيسرى حق البائع إلى الولد وإلى الأرش، ولم يسر حق الواهب فى الولد والأرش ليظهر مزية حق البائع على حق الواهب انحطاط رتبة حق الواهب عن حق البائع بيعًا فاسدًا، وأما حق مولى المأسور فى المأسور فوق حق الواهب فى الهبة دون حق البائع فى المبيع بيعًا فاسدًا، أما فوق حق الواهب: فإن حق المأسور منه فى المأسور لا يبطل متى أزال التملك من جهة العدو المأسور عن ملكه بصنعه فى البيع والهبة حتى كان له أن يأخذ المأسور من المشترى الثانى ومن الموهوب له، ويبطل متى أزال المأسور عن ملكه كلها بأن أسر ثانيًا، وحق الواهب يبطل بزوال الموهوب عن ملك الواهب له على كل حال، فكان حق المأسور منه فوق حق الواهب من هذا الوجه، وأما دون حق البائع فى الاسترداد؛ لأن حق البائع فى الاسترداد لا يبطل بزوال المبيع عن ملك المشترى سواء زال بصنعه أو بغير صنعه، وحق المأسور منه يبطل متى زال المأسور عن ملكه فى غير صنعه واختياره، فهو معنى قولنا: إن حق المأسور منه فى المأسور دون حق البائع وفوق حق الواهب.

قلنا: لو كان حق المأسور منه نظير حق البائع فى البيع الفاسد يسرى حقه إلى الولد كحق الواهب، فإذا بينهما ألحقنا بحق البائع فى حق الولد، وألحقناه بحق الواهب فى حق الأرش فقلنا: بسرايته إلى الولد دون الأرش عملا بالشبهين بقدر الإمكان، وإنما عملنا على هذا الوجه ولم نعمل على العكس؛ لأنا لو عملنا بشبهة حق الواهب فى حق الولد وقلنا: بأن حق المأسور فيه لا يسرى إلى الولد مع أن الولد جزء عن المأسور يلزمنا أن نعمل بهذا الشبه فى حق الأرش وإنه ليس بجزء من أجزاء المأسور حقيقةً، بل هو دراهم أو دنانير من الطريق الأولى، فحينئذٍ يتعطل العمل بالشبهين، أما لو عملنا بشبه حق الواهب فى حق الأرش، وقلنا: بأن حق المأسور منه لا يسرى إلى الأرش، وليس

بجزء من أجزاء المأسور حقيقةً، فحينئذٍ يحصل العمل بالشبهين، فلأجل هذا المعنى عملنا بالشبهين على الوجه الذى ذكرنا، وصار الجواب فى المأسور نظير الجواب فى المملوك إذا جنى بجناية موجبة للمال، فإن حق ولى الجناية يسرى إلى الولد، ولا يسرى إلى الأرش حتى إن المملوك الجانى إذا كان جارية، وولدت ولدًا، واختار المولى دفعها مع ولدها، ولو قطعت يدها، وأخذ المولى أرشها، ثم اختار الدفع، دفعها بدون الأرش كذا ذكر شيخ الإسلام مسألة المملوك إذا جنى جناية فى باب ما يحرزه العدو، فيأخذه المولى بالثمنين أو بالثمن الآخر.

٢١٣٣٥-وكتبت فى هذا الكتاب وإن جنت الأمة[1] جناية خطأ، ثم ولدت ولدًا بعد ذلك، ثم اختار الدفع، فإنه يدفعها دون الولد وهى مسألة الجامع الصغير، فرق بين هذا وبينما إذا استهلكت مالا ثم ولدت بعد ذلك ولدًا فإنها تباع مع الولد بالدين، فقد سرى الدين إلى ولدها الحادث بعد الدين، والجناية لم يسر إلى ولدها الحادث بعد الجناية، والفرق الصحيح أن يقال: إن ولد الأمة الجانية إنما لا يدخل فى جنايتها؛ لأنها حيث ولدت لم يكن لمولى الجناية فى الأمة ملك، ولا حق مستقر، أما الملك فلا إشكال؛ لأن الأمة الجانية بنفس الجناية قبل الدفع لم يصر ملكًا لولى الجناية؛ لأن لصاحب الأمة الخيار بين أن يزيلها عن ملكه بالدفع وبين أن يستبقيها على ملكه بالفداء فكان بمعنى خيار البائع وإنه يمنع زوال ماله[2]، وبهذا نفذ تصرفات المولى فيها بعد الجناية، وأما الحق المستقر فلأن استقرار الحق فى العين إنما يثبت إذا صار صاحب الرقبة ممنوعًا عن التصرف فى رقبته أو منفعته، ويتعلق حق ولى الجناية بالرقبة لم يصر المولى ممنوعًا من التصرف لا فى رقبتها ولا فى منفعتها، أما فى رقبتها فإنه يملك بيعها وهبتها، رضى ولى الجناية بذلك أو سخط، وأما فى منفعتها فإنه يواجرها ويستخدمها ولايمنع من ذلك، فإذا لم يصر ممنوعًا من التصرف لا فى رقبتها ولا فى منفعتها، كان حق ولى الجناية فى العين غير مستقر، فلا يسرى إلى الولد، وصار كحق الفقير فى قدر الزكاة بعد حولان الحول لما كان غير مستقر؛ لأنه لم يمنع صاحب المال من التصرف فيه لا رقبة، ولا منفعة لم يسر ذلك إلى الولد المتولد من مال الذى وجبت فيه الزكاة، كذا ههنا، وأما الدين حق مستقر فى الأمة المديونة حتى صار المولى ممنوعًا من بيعه وهبته، فجاز أن يسرى إلى الولد، وكان

(١) وفى ظ "الجارية".

(٢) وفى ف "ملكه".

كحق الكتابة والتدبير؛ لما كان حقًا مستقرًا في الرقبة يسرى إلى الولد، وكذا حق الأضحية حق مستقر في العين حتى صار المالك ممنوعًا عن الانتفاع به من حلبه وجز صوفه والركوب عليه إن لم يصر ممنوعًا من بيعه، وبخلاف القصاص حيث لا يسرى إلى الولد؛ لأن المستحق بالقصاص الزوج لا الرقبة، والولد يتولد من الرقبة لا من الزوج، ولهذا لم يستحق الولد إذا وجب القصاص، وفي بطنها ولد بخلاف الدين، فإنه يتعلق برقبتها، والولد يتولد من الرقبة، فجاز أن يسرى إلى ولدها، ولا يدخل كسبها في الجناية؛ لأنه لما لم يدخل ولدها تحت الجناية، فكسبها أولى، ألا ترى أن التدبير يسرى إلى الولد، ولا يسرى إلى الكسب، فما لايسرى إلى الولد، لا يسرى إلى الكسب أولى.

٢١٣٣٦-وإذا جنى عليها أحد، فأخذ المولى لذلك أرشًا، فإنه يدفعها مع الأرش، فرق بين الأرش وبين الولد، فإنه لا يدفعها مع الولد، وكما أن الولد حدث بعد الجناية وهو منفصل عنها حالة الدفع، فالأرش كذلك، ووجه الفرق بينهما وهو أن الأرش إن كان منفصلا عنها من حيث الحقيقة وقت الدفع متصل بها معنى؛ لأن الأرش خلف عن الفائت[1] قائمًا مقام الفائت، ولو كان الفائت[2] قائمًا، فلا شك أنه يجب دفعه مع الأصل، فكذا يجب دفعه خلفه، فأما الولد: فمنفصل عن الأصل حقيقةً وحكمًا، أما حقيقةً: فلا إشكال، وأما حكمًا: فلأن الولد المنفصل ليس بخلف عما كان متصلا بها قبل الانفصال، بل هو عين ذلك، والشيء لا يجوز أن يكون خلفًا عن نفسه، وإذا لم يثبت الاتصال وقت الدفع لا حقيقةً ولا حكمًا، لم يجب دفعه مع الأصل، قياس مسألة الأرش من مسألتنا أن لو دفعت وفي بطنها ولد، ولا جرم يستحق الولد معها، وكان كمال الزكاة بعد ما وجب فيه الزكاة إذا ولدت ولدًا لا يسرى إلى الولد، ولو قطع شيء منها ووجب البدل يسرى الزكاة إلى البدل، فكذلك هذا، وحكى عن القاضي الإمام الأجل جمال الدين أحمد أنه قال: ذكر الحاكم الشهيد في "المختصر": أن حكم الجناية يسرى من الأم إلى الولد، وأشار محمد رحمه الله في الباب الثاني من رهن "الجامع" أن حق المجني عليه يسرى إلى ولد الجناية -والله أعلم-.

---

(١) وفي م "الغائب".

(٢) وفي م "الغائب".

فصل
من كتاب العتاق

يشتمل على بيان ما يتوقف من الإعتاق وما لا يتوقف، ويدخل فيه إعتاق المالك محلا تعلق به حق الغير.

٢١٣٣٧- وإذا أذن الرجل لعبده فى التجارة، فلحقه دين كثير، ثم إن المولى باع عبده بغير أمر من الغرماء، فأعتقه المشترى قبل أن يقبضه، فإنه يقف عتقه إن أجاز الغرماء البيع، أو قضى المولى دين الغرماء، أو أبرأ الغرماء العبد عن الدين، فإنه ينفذ العتق من المشترى، فإن أبى الغرماء أن يجيزوا البيع، أو أبى المولى أن يقضى دينه، فإنه يبطل عتقه، ويباع العبد الغرماء بدينهم، هكذا ذكر فى "الأصل" مطلقًا، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وذلك لأن المشترى من غير المالك لو أعتق يقف عتقه عندهما كالمشترى من الغاصب، فلأن يقف عتق المشترى ههنا والشراء حصل من المالك، وللغير فيه حق أولى، وأما على قول محمد رحمه الله: فقد اختلف المشايخ رحمهم الله، منهم من قال: بأنه لا يقف عتق المشترى على قول محمد رحمه الله؛ وهذا لأن الشراء موقوف على إجازة الغرماء، والمشترى فى الشراء الموقوف متى يعتق، فإنه لا يقف العتق عليه عنده كالمشترى من الغاصب، فكذلك ههنا، فعلى قول هذا القائل ما ذكر من الجواب قولهما، ومنهم من قال: ما ذكر قولهم جميعًا وهذه المسألة تصير حجة لأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، على قول محمد فى مسألة أخرى[1]: المشترى من الغاصب إذا أعتق، فعلى قول هذا القائل محمد رحمه الله: يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين المشترى من الغاصب.

٢١٣٣٨- ووجه الفرق له وهو أن العتق متى حصل بعد تمام سبب الملك يقف، ألا ترى أن الوارث إذا أعتق عبدًا من التركة وفى التركة دين مستغرق، فإنه يقف عتقه؛ لأنه أعتق بعد تمام سبب الملك، والمشترى على أن البائع بالخيار إذا أعتق لا يقف؛ لأنه

(١) لفظ "أخرى" موجود فى ظ فقط.

حصل قبل تمام سبب الملك، فإن شرط الخيار مما يمنع تمام السبب؛ لأن القياس أن يوجب فساده، فإن لم يثبت الفساد لحاجة الناس إليه يثبت النقصان، وكذلك المشترى من المكره إذا أعتق لا يقف؛ لأنه حصل قبل تمام سبب الملك، فإن البيع إنما يتم برضا العاقدين، وكذلك المشترى شراء فاسداً إذا أعتق قبل القبض لا يقف عتقه؛ لأنه حصل قبل تمام السبب، وإذا ثبت هذا الأصل، نقول فى المشترى من الغاصب: العتق حصل قبل تمام سبب الملك؛ لأن عدم الرضا من المالك مما يمنع تمام السبب كما فى بيع المكره فلا يقف، والعتق من المشترى والمولى فى مسألتنا حصل بعد تمام السبب.

وقد روى عن أبى يوسف رحمه الله فى "الأمالى": أن المشترى متى أعتق قبل القبض نفذ عتقه ولم يقف، ولو باعه، يتوقف بيعه، وذهب فى ذلك إلى أن المشترى مسلط على التصرف فى المشترى من جهة البائع، فيعتبر تصرفه بتصرف البائع، والبائع المسلط وهو المولى لو أعتق عبده المديون، نفذ عتقه ولم يقف، ولو باع توقف، فكذا الذى قام مقامه، ونظير هذا المولى إذا أقر بهذا العبد لغيره فأعتقه المقر له، نفذ عتقه قبل القبض وبعده؛ لأنه مسلط على التصرف من جهة المقر، وكان له ما كان للمقر، فكذلك هذا، ولكن الفرق على ظاهر الرواية بين هذا وبين الإقرار، وهو أن الإقرار ليس بتمليك فى نفسه، وإنما هو إخبار عن تمليك، كان قبل الإقرار بسبب وجد قبل الإقرار، ولهذا قالوا: بأنه يجوز الإقرار بالآبق، وجعل إخبار عن تمليك سابق على الإباق، وكذلك يصح الإقرار بالخمر، وطريقه ما قلنا، فكذا هذا يجعل إقراره إخباراً عن تمليك سابق على الإقرار فى وقت يصح التمليك منه فى ذلك الوقت، وليس ذلك إلا ما قبل لحوق الدين، فأما البيع فلإثبات تمليك مبتدأ للحال، وتمليك مبتدأ للحال لايصح من المولى على سبيل البتات لما للغرماء فيه من الحق، وإنما يصح على سبيل التوقف، وتسليط المشترى على التصرف من جهة البائع، إنما يثبت بحكم التمليك لا بحكم الإذن، وإن لم يأذن له بالتصرف، وإنما ملكه، فإذا ثبت الملك للمشترى على سبيل التوقف والتسليط على العتق يثبت مثل ذلك.

وأما المشترى من الراهن بغير إذن المرتهن إذا أعتق قبل القبض هل ينفذ؟ حكى عن الفقيه أبى بكر البلخى أنه سئل عن هذا فقال: لا أحفظ فيه رواية عن أصحابنا، ولقائل

أن يسوى بينه وبين مسألتنا، ويقول: يتوقف عتق المشترى فى مسألة الرهن كما توقف ههنا، وذلك لأن حق المرتهن فى المرهون ينقلب حقيقة ملك فى الباقى، بأن يهلك الرهن فى يده، وحق الغريم فى العبد لا ينقلب حقيقة ملك بهلاك العبد؛ لأنه يصير مستوفيًا لدينه، ولهذا قالوا: بأن الراهن إذا أعتق وهو معسر، فإنه لا يضمن، وجعلوا المرتهن فى هذا العبد بمنزلة الشريك متى كان معسرًا، ولم يجعلوا الغريم بمنزلة الشريك للمولى فى هذا العبد، حتى قالوا: إذا أعتق المولى عبده المديون يضمن قيمته للغرماء موسرًا كان معسرًا، وكذلك للمرتهن يد على المرهون، ولايد للغريم على العبد المديون، وإذا كان حق الغريم فى العبد يمنع نفاذ عتقه، ويوجب توقف عتق المشترى، فلأن يوجب حق المرتهن توقف عتق المشترى، ويمنع نفاذه كان أولى.

ولقائل أن يقول: بأن عتق المشترى من الراهن ينفذ ولا يقف، وعتق المشترى من المولى عبده المديون يقف؛ لأن حق الغريم فى العبد آكد من حق المرتهن، وذلك لأن حق المرتهن فى المرهون إنما يثبت بسبب الدين ودين المرتهن على الراهن، لا على المرهون حتى لو أراد المرتهن أن يبيع الرهن بعد ما أعتقه الراهن، وكان الراهن موسرًا، لم يكن له ذلك، وإذا كان معسرًا يسعى العبد بقدر قيمته لا بجميع دينه، ثم العبد يرجع بذلك على المولى ودين الغريم على العبد حتى كان للغريم أن يبيع العبد بجميع دينه متى عتق، والدليل عليه أن المرتهن لا يملك بيع المرهون إلا بتسليم، ورضى من جهة الراهن، ولغريم العبد أن يبيع العبد بدينه رضى المولى بذلك أم سخط، بأن يرفع الأمر إلى القاضى، فدل على أن حق الغريم مع زيادة وكإذنه إذا منع نفاذ عتق المشترى، فحق المرتهن، وإنه دونه يجب أن لا يمنع النفاذ حتى يظهر انحطاط رتبة حق المرتهن عن حق الغريم، وزيادة قوة حق الغريم على حق المرتهن.

٢١٣٣٩- هذا إذا أعتق المشترى من المولى قبل القبض، وأما إذا قبض العبد، ثم أعتقه، فإنه ينفذ عتقه؛ لما ذكرنا أن بيع المولى عبده المديون بغير أمر الغرماء بيع فاسد، والبيع الفاسد يفيد الملك للمشترى بعد القبض كما فى سائر البيوع الفاسدة.

فإن قيل: إذا كان هذا البيع فاسدًا، يجب أن لا يقف عتق المشترى قبل القبض كما فى غيرها من البيوع الفاسدة، والجواب عنه ما ذكرنا أنه فاسد إلا أنه فى الفساد دون سائر

العقود الفاسدة، وذلك بأن يوجب هذا العقد قبل القبض ملكًا موقوفًا لا يوجب غيرها من العقود الفاسدة -والله أعلم- .

الخاتمة من ناسخ نسخة ظ:

الحمد لوليه، والصلاة على نبيه، الحمد لله وحده، والصلاة على من لا نبى بعده نجز الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه فى يوم الأربعاء المبارك لأربع وعشرين ليلة خلت من شهر ذى القعدة الحرام سنة ١١٣٣ من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

فهرس المحتويات

****